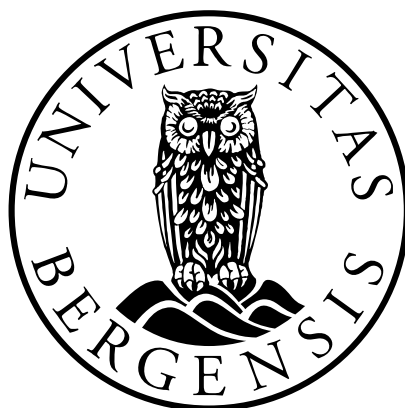


Med gode intensjoner –

*En rettslig analyse av hjemmelsgrunnlaget for
tvang mot psykisk utviklingshemmede elever på
skolen i opplæringshensikt.*

Kandidatnummer: 214

Antall ord: 14923



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2015

Innholdsfortegnelse

1 Opptakt	5
1.1 Tema og problemstilling.....	5
1.2 Veien videre	7
1.3 Aktualitet.....	8
1.4 Avgrensing.....	8
1.5 Begrepsavklaring.....	9
1.5.1 Begrepet ”tvang”	9
1.5.2 Begrepet ”psykisk utviklingshemmede”	9
1.5.3 Begrepet ”barn”	10
1.5.4 Begrepet ”skole”.....	10
1.5.5 Begrepet ”opplæringshensikt”	11
1.6 Metode.....	11
1.6.1 Metodegrunnlaget for oppgaven	11
1.6.2 Generelt om rettskildebildet	11
1.6.3 Om administrative uttalelser	11
2 Verdimessige og rettslige forutsetninger for videre drøftelse	13
2.1 Begrunnelsen for særskilte tvangshjemler	13
2.2 Et grunnleggende krav om forholdsmessighet og forsvarlighet.....	14
2.3 Tvangens subsidære karakter	16
2.4 Et krav om rettssikkerhet	16
3 Kravet om lovhjemmel ved inngrep mot utviklingshemmede barn	17
3.1 Innledende bemerkninger	17
3.2 Innholdet av legalitetsprinsippet	18
3.2.1 Et krav om lovhjemmel.....	18
3.2.2 Et kvalitativt krav til lovhjemmelen	19
3.3 En vurdering av hvilke tiltak som krever lovhjemmel.....	21
3.3.1 Rekkevidden av hjemmelskravet	21
3.3.2 Begrunnelse for et strengt hjemmelskrav ved tvangsinngrep mot utviklingshemmede elever	22
3.3.3 En vurdering av når et inngrep mot en utviklingshemmet elev krever lovhjemmel.....	24
3.3.3.1 En pedagogisk gradering av tiltakets grad av inngrep.....	24
3.3.3.2 Tilfeller der eleven utviser motstand mot tiltaket.....	24
3.3.3.3 Tilfeller der eleven ikke utviser motstand mot tiltaket	25
4 En nødvendig avgrensing mot tvangshjemlene i hotjl. kapittel 9	27
5 Det rettslige grunnlag for skolegangen og dens innhold.....	29

5.1 Innledende bemerkninger til opplæringsloven.....	29
5.2 Bakgrunnen for opplæringsloven, med fokus på tvangsproblematikken...	30
5.3 Aktuelle opplæringsmessige formål for tvang.....	31
6 Rettslig analyse av aktuelle tvangsgrunnlag i opplæringsloven.....	32
6.1 Innledende bemerkninger	32
6.2 Elevens rett til et "godt" skolemiljø.....	33
6.3 Elevens aktivitetsplikt.....	34
6.3.1 Innledende bemerkninger	34
6.3.2 Elevens aktivitetsplikt som kompetansegrunnlag for tvang	34
6.3.3 Tiltak av fysisk art	37
6.3.4 Tiltak av psykisk art.....	38
6.3.5 Oppsummering.....	39
6.4 Ordensreglementet.....	39
6.4.1 Innledende bemerkninger	39
6.4.2 Kort om formålet med ordensreglementet	41
6.4.3 Innholdet av forskriftskompetansen.....	41
6.4.4 Regulering av tvang i opplæringshensikt.....	42
6.5 Oppsummering av hjemmelsgrunnlaget i opplæringsloven.....	43
7 Rettslig analyse av alminnelige inngrepshjemler	44
7.1 Innledende bemerkninger	44
7.2 Foreldresamtykke	45
7.2.1 Innledende bemerkninger	45
7.2.2 Foreldresamtykke som kompetansegrunnlag for tvang i skolen	46
7.3 Omsorgsplikt, herunder alminnelig barneoppdragelse og grensesetting ..	47
7.3.1 Innledende bemerkninger	47
7.3.2 Omsorgs- og oppdragelsespliktens innhold og rekkevidde.....	47
7.4 Nødrett	50
7.4.1 Innledende bemerkninger	50
7.4.2 Nødrett som kompetansegrunnlag for tvang i opplæringshensikt, med fokus på nødsituasjonens karakter.....	51
8 Sammenfatning og noen rettspolitiske betraktninger.....	52
Kildeliste.....	55
Offentlige dokumenter.....	55
Lover	55
Forskrifter	56
Internasjonale konvensjoner	56
Forarbeider	57
Rundskriv og andre veiledere.....	58

Rettspraksis	58
Høyesterettspraksis	58
Underrettspraksis	59
Den europeiske menneskerettsdomstol	59
Juridisk litteratur	59
Annet	63

1 Opptakt

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven omhandler hjemlene for tvang mot psykisk utviklingshemmede elever på skolen i opplæringshensikt. Problemstillingen som reises er hvor langt kompetansegrunnlag i lov om grunnskolen og den videregående opplæringen 17. juli 1998 nr. 61 ("oppl.") og alminnelige regelsett rekker for slike tvangsinngrep.

Hvilke formål som kan begrunne inngrep i elevens integritet er en vanskelig vurdering både faglig, rettslig og allmenetisk. Det kan for eksempel stilles spørsmål ved om tvang som ledd i opplæring overfor utviklingshemmede elever kan påvirke deres lærelyst. Slike spørsmål ligger utenfor oppgavens tema.

Det er en erkjennelse at ikke alle utviklingshemmede har evner, verken fysisk eller mentalt, til å tilegne seg grunnleggende former for viljestyrt kommunikasjon. Oppgavens tema omhandler de som innehar evner til dette og der slike ferdigheter vil være til elevens "beste", jf. GrL. § 104 annet ledd.

Innenfor helse- og omsorgssektoren foreligger det tvangshjemler i lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. 24. juni 2011 nr. 30 ("hotjl") kapittel 9. Disse gjelder overfor psykisk utviklingshemmede som mottar kommunale helse- og omsorgstjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d. Paragraf 9-5 tredje ledd bokstav c hjemler tvang i "opplærings- og treningstiltak" til dekning av brukerens "grunnleggende behov". Denne bestemmelsen hjemler ikke tvang i pedagogisk opplegg som omfattes av opplæringsloven.¹

Utviklingshemmede barn har, som andre barn, krav på respekt for sin integritet etter GrL. § 104 tredje ledd første punktum, den europeiske menneskerettighetskonvensjon ("EMK")² artikkel 8, barnekonvensjonen³ artikkel 16 og konvensjonen om

¹ Se punkt 4.

² Gjelder som norsk lov med forrang, jf. menneskerettsloven § 2 jf. § 3.

³ *Ibid.*

rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne⁴ artikkel 17. Inngrep i barnets integritet krever tungtveiende og saklige grunner.

Slike tungtveiende grunner kan foreligge når det gjelder tvang som del av opplæring i grunnleggende kommunikasjonsferdigheter, for eksempel med ulike kommunikasjonsverktøy⁵. Særlig i tilfeller der den utviklingshemmede eleven vegrer seg mot opplæring, vil slik tvang være aktuelt.

Grunnleggende kommunikasjonsferdigheter er en betingelse når den utviklingshemmede skal utøve sin selvbestemmelsesrett i fremtiden, typisk ved hjelp av familiemedlemmer og tjenesteytere. Kommunikasjon danner også grunnlaget for når den utviklingshemmede skal medvirke i utarbeiding av innholdet i de tjenester han mottar, for eksempel helse- og omsorgstjenester.⁶

Det er antatt at utfordrende atferd hos den utviklingshemmede har ”bakgrunn i egen uro, usikkerhet og mangel på trygghet og forutsigbarhet”.⁷ For å forebygge slik uro og usikkerhet vil barnets mulighet til å uttrykke ønsker og meninger, gjøre barnet mindre sårbart. Barnet kan kompensere for mangelfull kommunikasjonskompetanse ved å uttrykke seg atferdsmessig på en måte som kan bli oppfattet som ”problematisk eller skadelig”.⁸ På denne måten kan lempelig tvang virke forebyggende når det gjelder fremtidig tvang som kan være av en mer stigmatiserende art.

Grunnleggende kommunikasjonsferdigheter gjør også at utviklingshemmede kan føle seg likeverdig og betydningsfull ved at han⁹ kan delta i samspill med andre mennesker i samfunnet, og uttrykke egne ønsker og meninger. Denne inkluderings tanken følger også av opplæringsloven § 1-1 femte ledd første punktum som uttrykker at elevene ”skal utvikle kunnskap, dugleik og holdninger for å kunne mestre liv sine og for å kunne delta i arbeid og fellesskap i samfunnet”. De forente nasjoners internasjonale konvensjon 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne stiller krav om at det skal legges til rette slik at barnet kan

⁴ Konvensjonen ble ratifisert av Norge i 2007 og trådte i kraft i 2008.

⁵ Eksempler på slike kommunikasjonsverktøy er piktogrammer, roll-talk og bildebruk.

⁶ Se hotjl. § 9-3 første ledd.

⁷ Jarle Eknes: *Utviklingshemming og psykisk helse*, Oslo 2000 s. 216.

⁸ Se Rundskriv IS-10/2004: *Lov om sosiale tjenester kapittel 4A : Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning* s. 30.

⁹ Det personlige pronomenet ”han” vil bli brukt i en kjønnsnøytral betydning.

lære seg praktiske og sosiale ferdigheter slik at de lettere kan delta fullt ut som ”medlemmer av samfunnet”, jf. artikkel 24 punkt 3. Det å kunne formidle meninger danner også grunnlaget for barns medbestemmelsesrett etter Grl. § 104 første ledd annet punktum og barnekonvensjonen artikkel 12.

I begynnelse kan det være problematisk med frivillig bruk av kommunikasjonsvirkemidler, særlig overfor psykisk utviklingshemmede med autisme¹⁰ som tilleggsdiagnose. Dette har jeg selv erfart gjennom deltidsjobb med utviklingshemmede barn, og samtaler med fagfolk.

Kunnskapsdepartementet har, som følge av en rekke henvendelser, uttalt seg om tvangsproblematikken som foreligger når det gjelder omgang med utviklingshemmede elever på skolen.

1.2 Veien videre

Punkt 1 vil videre legge grunnlaget for resten av oppgaven, både når det gjelder problemstillingens aktualitet (punkt 1.3), avgrensing mot nærliggende temaer (punkt 1.4), redegjørelse for begreper som brukes gjennomgående i oppgaven (punkt 1.5) og generelle metodespørsmål (punkt 1.6).

Ettersom rettsregler er gitt for å ivareta gitte hensyn, vil det i punkt 2 bli redegjort for hvilke hensyn og rettslige forutsetninger tvangslovgivningen bygger på. Disse hensyn og forutsetninger er av stor betydning for den nærmere analysen av mulige tvangshjemler i opplæringsloven og alminnelige regelsett.

Grunnloven § 113 proklamerer at inngrep overfor borgerne krever grunnlag i ”lov”. Ettersom tvang er en inngripende handling, vil lovkravets nærmere innhold og rekkevidde være av stor interesse for analysen av mulige tvangsgrunnlag. Dette vil bli redegjort for i punkt 3.

I punkt 4 vil oppgavens tema avgrenses mot tvangsreglene i hotjl. kapittel 9. Hvilke tiltak personale i helse- og omsorgstjenesten kan iverksette, og ikke minst hvor disse kan iverksettes, vil ha betydning for valg av hjemmelsgrunnlag i skolen.

¹⁰ Se Helsedirektoratet: *Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer 2015*, 10. revisjon, punkt F84.0-F84.1

Punkt 5 vil ta for seg de rettslige utgangspunkter for opplæringsloven, herunder myndighetenes holdning til tvang i skolen. Dette vil være av betydning både for drøftelsen av mulige tvangsgrunnlag i opplæringsloven og alminnelige tvangsgrunnlag.

I punkt 6 vil mulige tvangsgrunnlag i opplæringsloven analyseres.

Videre vil punkt 7 behandle alminnelige tvangsgrunnlag som gjelder uavhengig av arena.

I punkt 8 vil oppgavens funn sammenfattes, og det vil foretas noen rettspolitiske drøftelser knyttet til disse funn.

1.3 Aktualitet

Psykisk utviklingshemmede barn er en særlig utsatt for overgrep og andre tvangsinngrep. Det blir i enkelte tilfeller gjennomført tvang i skolen overfor psykisk utviklingshemmede i pedagogisk opplegg.¹¹ Noen av disse tiltakene rammes av straffeloven ("strl.") § 251 om ulovlig tvang. Straffbar tvang foreligger der noen ved "straffbar eller annen urettmessig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe", jf. strl. § 251 første ledd.¹²

Slike tiltak krever, uavhengig av legalitetsprinsippet, hjemmel på bakgrunn av trinnhøydeprinsippet. At tvang blir brukt som et pedagogisk virkemiddel i skolen for at den utviklingshemmede eleven skal få et forsvarlig utbytte av skolegangen sin, aktualiserer en analyse av det rettslige grunnlaget for slike tiltak.

1.4 Avgrensing

Det må, for at ikke oppgavens omfang skal flyte over, foretas noen avgrensinger i tilnærmingen til oppgavens tema.

¹¹ Se bl.a. Silje Gislefoss Netland: *Om misbruk av tvang og makt overfor barn med psykisk utviklingshemming i skolen*, masteravhandling i spesialpedagogikk, Universitetet i Tromsø 2009 og NOU 2015:2: Å høre til - Virkemidler for et trygt psykososialt skolemiljø s. 244 hvor det er uttalt at "henvendelser til fylkesmennene og Utdanningsdirektoratet [kan] tyde på at noen skoler bruker tvang overfor enkelte elever".

¹² Se Bjørn Henning Østenstad: *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, Bergen 2011 punkt 3.2.2 for det nærmere innhold. Omtalen knytter seg til strl. 1902 § 222 som er ment videreført i § 251, foruten senket strafferamme, jf. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 s. 420.

Det avgrenses for det første mot tvangsinngrep knyttet til omsorgssituasjoner, altså tilfeller der man skal redde elevens liv og helse m.m. I disse tilfeller er hjemmelsgrunnlaget forankret i straffelovens nødregler. Det samme gjelder også tvang begrunnet i sosial paternalisme¹³ som skal forhindre skade på andre sine rettsgoder. Denne avgrensingen er naturlig ut i fra oppgavens tema som knytter seg til elevens individuelle interesser.

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 Begrepet ”tvang”

Uttrykket ”tvang” vil i denne oppgaven omfatte tiltak som er av slik art og omfang at det krever hjemmel.

Helt generelt kan det sies at tvangsbegrepet er knyttet til de tilfeller der det enten foreligger en fysisk eller psykisk maktutøving fra tjenesteyters side, hvis mål er å overvinne motstand fra den tvungnes side.¹⁴

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hjemler ”tvang og makt”, som er definert i § 9-2 annet ledd.¹⁵ For enkelthets skyld vil ”tvang” bli benyttet i denne oppgaven. Dette er også i samsvar med ordbruken i straffeloven § 251 som rammer den ulovlige tvang.

1.5.2 Begrepet ”psykisk utviklingshemmede”

Opplæringsloven operer ikke med et skille mellom elever som er ”psykisk utviklingshemmede” og som ikke er det. Etter hotjl. er tilstanden ”psykisk utviklingshemmet” gitt positive rettsvirkninger, bl.a. for hvorvidt man kan utøve tvang overfor bruker under utøving av tjenester som faller inn under lovens § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d, jf § 9-2 første ledd.

¹³ Om begrepet se Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse: *Velferdsrett I : grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5. utgave, Oslo 2012 s. 483.

¹⁴ Inspirert av Jan Fridthjof Bernt: *Tvang* i Ståle Eskeland og Aslak Syse: ”Psykisk utviklingshemmedes rettsstilling”, Oslo. 1992 s. 114.

¹⁵ Forarbeidene til tidligere lov om sosiale tjenester m.v. kapittel 6A forutsetter at det i enkelte tilfeller kan skilles mellom ”tvang” og ”makt”, jf. Ot.prp.nr.58 (1994-1995) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven s. 16, men dette skillet fremstår uklart.

Helse- og omsorgstjenesteloven definerer ikke hva som ligger i vilkåret ”psykisk utviklingshemning”. Forarbeidene legger til grunn at termen skal tilsvare diagnosebegrepet etter ICD-10.¹⁶ Etter ICD-10 er ”psykisk utviklingshemning” en

”[t]ilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f.eks kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser.”^{17 18}

Personer med psykisk utviklingshemning er mer utsatt enn befolkningen for øvrig for atferds- og psykiske vansker.¹⁹

I denne oppgaven er ”psykisk utviklingshemmet” og ”utviklingshemmet” ment som synonymer.

1.5.3 Begrepet ”barn”

Et ”barn” er en ”mindreårig” etter vergemålsloven. Et barn er altså en person som ikke har fylt 18 år, jf. § 8, og dermed som hovedregel ikke har rettslig handleevne, jf. § 9. Dette alderskriteriet er også i samsvar med barnekonvensjonen art. 1.

1.5.4 Begrepet ”skole”

Begrepet ”skole” blir brukt i henhold til virkeområdet for opplæringsloven som omfatter ”grunnskoleopplæring og vidaregåande opplæring i offentlege skolar”, jf. oppl. § 1-2 første ledd. Også ”grunnskoleopplæring i private grunnskolar som ikkje får statstilskott etter friskolelova” og ”privat heimeopplæring i grunnskolen” er omfattet, jf. annet ledd. Fokuset vil ligge på grunnskoleopplæringen, dvs. 1.-10. årstrinn, jf. oppl. § 2-3 annet ledd.

¹⁶ Ot.prp.nr.55 (2002-2003) Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning) s. 24.

¹⁷ ICD-10 punkt F70-F79.

¹⁸ Denne definisjon er identisk med begrepet ”psykisk utviklingshemmet” i straffeloven § 20 første ledd bokstav c, jf. NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner s. 52.

¹⁹ Se NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming s. 20.

1.5.5 Begrepet ”opplæringshensikt”

Med ”opplæringshensikt” menes formålet med tvangen, altså at eleven skal tilegne seg slike kunnskaper som fremgår av opplæringsloven med forskrifter, tilpasset elevens evner og forutsetninger.²⁰

1.6 Metode

1.6.1 Metodegrunnlaget for oppgaven

Det vil her sies noe om hvilken metode som ligger til grunn for oppgaven, herunder hvilket rettskildebilde man står overfor i opplærings- og omsorgssektoren.

Oppgaven er av rettsdogmatisk art, noe som innebærer at den vil drøfte innholdet av gjeldende rett. Det vil også bli gjort plass for enkelte rettspolitiske drøftelser der dette passer inn.

1.6.2 Generelt om rettskildebildet

Rettskildebildet innenfor omsorgs- og opplæringsretten er preget av de alminnelige rettskildefaktorer. Noe særegent for oppgavens tema er at det ikke finnes rettspraksis som gjelder tvang mot elever i opplæringshensikt. En er derfor henvist til de tradisjonelle rettskildene som er lov, forarbeider, forskrifter, administrative uttalelser og juridisk litteratur i sin søken etter innholdet i gjeldende rett. Oppgavens tema er ikke behandlet i juridisk litteratur. Generell kildemangel for oppgavens tema, har nødvendiggjort et bredt kildesøk etter generelle uttalelser som kan bidra til besvarelse av problemstillingen.

Etter det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp er ”lov” det primære rettsgrunnlag for inngripende myndighetshandlinger, jf. Grl. § 113. Opplæringsloven vil derfor stå sentralt.

1.6.3 Om administrative uttalelser

Opplærings- og omsorgssektoren er i stor grad preget av administrative uttalelser. Med ”administrative uttalelser” forstås uttalelser fra de organer som administrerer ordningene som er underlagt den respektive loven. Slike uttalelser vil typisk være rundskriv og andre tolkningsuttalelser.

²⁰ Når det gjelder hvilke tiltak dette kan omfatte, se punkt 4 der det trekkes en avgrensing mot tvang i opplæring som hjemles i hotjl. kap. 9. I punkt 3.3.3.1 vil aktuelle tiltak eksemplifiseres. Se også punkt 1.1 generelt.

Rundskriv har relevans. Spørsmålet er hvilken vekt uttalelser vil ha i tolkningsprosessen frem mot en rettsregel.

Hvor rundskrivet er konstaterende fremfor argumenterende, taler dette for at rundskrivet skal ilegges liten vekt. Dette kan begrunnes i standpunktets manglende transparens.

Det er også betenkelig ut i fra et grunnleggende krav om rettssikkerhet at en skal vektlegge forvaltningens egen forståelse og praksis av loven når loven fra Stortinget er ment å sette grenser for forvaltningens virke. Dette gjelder særlig i de tilfeller rundskrivet utvider lovens fullmakter, for eksempel der et rundskriv åpner for tvang i større grad enn hva som følger av loven.²¹ Et slikt synspunkt hviler på maktfordelingsprinsippet.

I forarbeidene til opplæringsloven er det forutsatt at ulike former for administrative uttalelser ”rettslig sett er helt uforpliktende”²². Disse uttalelser står i motsetning til ”utsagn som skal være rettslig bindende (f.eks. forskrifter)”.²³

Hvilken vekt man kan tillegge et rundskriv eller annen uttalelse, vil altså variere ut i fra en nærmere vurdering av argumentasjonens overbevisningskraft i forhold til andre rettskilder. Et tilsvarende utgangspunkt kan også legges til grunn om juridisk litteratur som rettskildefaktor.²⁴

²¹ Karl Harald Søvig: *Tvang overfor rusmiddelavhengige : sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen 2007 s. 71.

²² NOU 1995:18 Ny lovgivning om opplæring «... og for øvrig kan man gjøre som man vil, Del II kapittel 9.

²³ *Ibid.*

²⁴ Erik Magnus Boe: *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012 s. 321.

2 Verdimessige og rettslige forutsetninger for videre drøftelse

2.1 Begrunnelsen for særskilte tvangshjemler

Det kreves tungtveiende grunner for bruk av tvang mot psykisk utviklingshemmede barn. I det følgende vil det bli redegjort for hvilke hensyn som kan begrunne tvangsinngrep mot psykisk utviklingshemmede barn, og deretter hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende. Generelt kan det sies at et tvangstiltak må ha som formål å bedre barnets livssituasjon.²⁵

I følge Kjønstad og Syse er det to vilkår som må foreligge for at en kan gripe inn med tvang overfor den enkelte: for det første må den det gripes inn mot ha "nedsatt tilregnelighet"²⁶. I vårt tilfelle kan "nedsatt tilregnelighet" begrunnes i mindreårighet og psykisk utviklingshemning. Disse to faktorer kan begrunne et større handlingsrom for tiltak av inngripende karakter enn overfor en utviklingshemmet myndig person. For det andre må vedkommende utvise en "uønsket atferd" som krenker egne eller andres interesser.²⁷ Disse to vilkårene utgjør tvangens etiske legitimeringsgrunnlag.

Når det gjelder utviklingshemmede er det særlig to grunnverdier som står mot hverandre: paternalismen mot barnets rett til respekt for sin integritet²⁸, herunder handlefrihet. Integritetsvernet kommer blant annet til uttrykk i GrL § 104 tredje ledd første punktum, den europeiske menneskerettighetskonvensjon ("EMK") artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 16 og konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne artikkel 17.

Paternalisme går ut på at man vil gjennomføre tiltak for å "verne eller beskytte"²⁹ barnets interesser. Hvorvidt man skal gripe inn, beror i stor grad på fagkunnskap.³⁰

²⁵ NOU 1991:20 s. 76.

²⁶ Kjønstad og Syse s. 483.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Det konkrete innhold av uttrykket er uklart, men stikkordsmessig omfatter det den personlige sfære, se bl.a. NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene s. 51-52. Etter EMK artikkel 8 omfatter "privatliv" den fysiske og psykiske integritet, se bl.a. EMDs dom *Botta mot Italia* (avsnitt 32).

²⁹ Østenstad (2011) s. 96-97.

³⁰ Jan Fridthjof Bernt: *Sosialt ansvar, integritetsvern og rettssikkerhet*, Kritisk juss, 2000 s. 101

Motpolen til paternalismen vil være barnets rett til vern om sin integritet. Ved et tvangsinngrep er det overordnede mål å ivareta barnets verdighet.³¹

Det må stilles noen grunnleggende krav til tvangsinngrepet, herunder et krav om forholdsmessighet og forsvarlighet. Det nærmere innhold av disse krav vil bli redegjort for i det følgende.

2.2 Et grunnleggende krav om forholdsmessighet og forsvarlighet

Det er antatt at det gjelder et alminnelig ulovfestet krav om forholdsmessighet mellom mål og middel som omfatter all offentlig myndighetsutøvelse,³² også faktiske tvangsinngrep mot barn i skolen. Et slikt krav gjelder også ved inngrep i beskyttede rettigheter etter EMK. Etter EMK må inngrepet være ”nødvendig” i et demokratisk samfunn av hensyn til beskyttelse av nærmere opplistede formål.³³

Generelt kan kravet om forholdsmessighet deles inn slik: (1) inngrepet må være ”egnet” til å ivareta barnets interesser, (2) inngrepet må ikke gå utover det som er ”nødvendig” for å ivareta barnets interesser, og (3) fordelene ved inngrepet må ”overstige” ulempene.³⁴

Ut i fra oppgavens tema, er det særlig (2) og (3) som fremstår problematisk. Det forutsettes at de pedagogiske tiltak er ”egnet” til å fremme barnets interesser gjennom opplæring.³⁵

Kravet om nødvendighet innebærer at tiltaket ikke skal være mer inngripende enn det som kreves, også kalt ”det minste inngreps prinsipp”. Innenfor omsorgssektoren er kravet lovfestet i hotjl. § 9-2 annet ledd tredje punktum.

³¹ Østenstad (2011) punkt 2.3.2.3 flg. og Jørn Kroken: *Bruk av tvang og makt : sosialtjenesteloven kapittel 4A i praksis*, Oslo 2011 s. 32.

³² Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Ragnhild Collin-Hansen: *Velferdsrett II : barnevern og sosialrett*, 4. utg., Oslo 2012 s. 283, Willy-Tore Mørch og Aslak Syse: *Frivillighet og tvang i behandling av barn og ungdom*, Oslo 1998 s. 127 og Ragnar Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug: *Politirett*, 2. utg., Oslo 2004 s. 107.

³³ Se for eksempel EMK artikkel 8 (2) som er av interesse for oppgavens tema.

³⁴ Jan Fridthjof Bernt: *Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøvelse* i Karl Harald Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 37.

³⁵ Hvorvidt tiltaket er ”egnet” må vurderes individuelt for hver enkelt elev.

Kjernen i kravet til forholdsmessighet innebærer at fordelene ved inngrepet må overstige ulempene. Ivaretagelsen av elevens interesser må altså overstige inngrepet i elevens integritet for at tvangsinngrepet skal være lovlig.³⁶ Et noe strengere utgangspunkt er lagt til grunn i forarbeidene til hotjl, der det uttales at dersom vernet av brukerens rettigheter står i konflikt med behovet for å anvende tvang, skal det ikke utøves tvang dersom overvekten til fordel for dette er ”liten”.³⁷

Ivaretagelse av barnets liv og helse er rettsgoder av betydelig vekt, mens barnets livskvalitet og velferd er av mindre vekt.³⁸ De tiltak oppgaven omhandler, retter seg mot en ivaretagelse/forbedring av barnets fremtidige livskvalitet og velferd gjennom opplæring. Rettsgodets relative vekt vil ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

I kravet om forholdsmessighet kan det også utledes et krav om forsvarlighet³⁹. Dette gjelder også innenfor opplæringssektoren.⁴⁰ Kravet om forsvarlighet følger også av de etiske retningslinjer for ansatte innenfor opplæringssektoren.⁴¹

Når det gjelder omgang, omsorg og påvirkning av barn med psykisk utviklingshemning, kan det stilles skjerpede krav til forsvarlig samhandling. Dette kan begrunnes i det ujevne maktforhold og forskjell i evner mellom tjenesteyter og barn, særlig i de tilfeller tjenesteyter utnytter dette. Vår rettsorden har et gjennomgående vern om den svakere part.⁴²

Det må stilles et grunnleggende krav om at tvangsinngrepet er ”klart fagleg etisk forsvarleg og ukontroversiell”.⁴³

³⁶ Bjørn Henning Østenstad: *Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma : Under yting av kommunale sosial- og helsetenester*, Bergen 2000 s. 27.

³⁷ Ot.prp.nr.58 (1994-1995) s. 14.

³⁸ Østenstad (2000) s. 133.

³⁹ Augland m.fl. s. 417.

⁴⁰ Henning Jakhell og Trond Welstad: *Utdanningsrettslige emner*, Oslo 2012 s. 74.

⁴¹ For lærere, se Utdanningsdirektoratet: *Lærerprofesjonens etiske plattform* (2012).

⁴² Se bl.a. strl. § 295 som rammer misbruk av overmaktsforhold og lignende, og avtaleloven. § 31 første ledd som rammer utnyttelse av ”letsind” og ”forstandssvakhet” ved avtaleinngåelse.

⁴³ Østenstad (2000) s. 66 og Bernt (1992) s. 126.

Kravet til forholdsmessighet understreker at tvangen skal være av subsidiær karakter, altså at man skal forsøke andre mer lempelige virkemidler der dette er mulig og ikke anses formålsløst. Innenfor omsorgssektoren følger dette av hotjl. § 9-5 første ledd.

2.3 Tvangens subsidiære karakter

Selv om tvang og makt mot utviklingshemmede kan være nødvendig og dermed legitim etter spesiallovgivningen, må utgangspunktet være at det ikke skal utøves tvang overfor utviklingshemmede.⁴⁴ Det er med andre ord tvang mot en elev som krever en særskilt grunn og ikke fravær av tvang. Dette gjelder også i de tilfeller der det barnet gjør ikke er til hans beste.

I lovgivningen ser man at lovgiver har et ønske om at tvang i størst mulig grad skal begrenses.⁴⁵ Dette må gjelde uavhengig av hjemmelsgrunnlag.

Stang hevder at barnets menneskeverd og integritet ikke på noen måte skal krenkes med mindre det er ”nødvendig” for å ivareta barnets helse, velferd og sikkerhet.⁴⁶ Det må med andre ord være snakk om en kvalifisert krenkelse av disse rettsgoder for at en kan utøve tvang mot et psykisk utviklingshemmet barn.

Et slikt utgangspunkt vil danne grunnlag for den videre drøftelse av tvangshjemlene og deres innhold og rekkevidde. Dette utgangspunktet glir over i et krav om rettssikkerhet, nærmere bestemt om når og på hvilke vilkår det kan utøves tvang mot eleven.

2.4 Et krav om rettssikkerhet

Rettssikkerhet er en naturlig komponent i rettsstat der myndighetene utøver sine oppgaver i tråd med offentlig tilgjengelig lovgivning.

I det følgende vil rettssikkerhet knyttes til et krav om rettsriktige avgjørelser. En rettsriktig avgjørelse er en avgjørelse som er i tråd med det materielle kompetansegrunnlag. En slik definisjon sammenfaller også med kravet etter EMK om

⁴⁴ I Ot.prp.nr.58 (1994-1995) s. 24 er det uttalt at ”[u]tgangspunktet må være at tvang ikke skal anvendes”.

⁴⁵ Se. bl.a. hotjl. § 9-1, pasientrettighetsloven § 4A-1 og psykisk helsevernlov § 4-2 første ledd.

⁴⁶ Elisabeth Gording Stang: ”Om barn og grunnverdier” i *Velferd og rettferd : Festskrift til Asbjørn Kjørstad 70 år*, Oslo 2013 s. 160.

at inngrep i menneskerettighetene skal være ”i samsvar med loven”⁴⁷. Etter EMK er det tilstrekkelig at inngrepet hviler på en hjemmel som i intern rett anerkjennes som grunnlag for offentlig myndighetsutøvelse.⁴⁸

Rettssikkerhetsgarantier, herunder kravet om hjemmel, skal bidra til at idealet om rettsriktige avgjørelser blir nådd på en forsvarlig måte. Ettersom innholdet og rekkevidden av hjemmelskravet er av stor viktighet for oppgavens tema, blir dette av pedagogiske og strukturelle grunner, viet et eget punkt.

3 Kravet om lovhjemmel ved inngrep mot utviklingshemmede barn

3.1 Innledende bemerkninger

I det følgende vil kravet til hjemmel for forvaltningens myndighetsutøvelse behandles. I den videre drøftelsen vil ”hjemmelskravet”, ”legalitetsprinsippet” og ”lovkravet” bli brukt som synonymer.

Kravet om hjemmel har betydning for hvilke handlinger forvaltningen kan utøve overfor utviklingshemmede elever. Legalitetsprinsippets innhold og rekkevidde er av stor interesse for oppgavens tema da aktuelle tvangshjemler innenfor opplæringssektoren fremstår som usikre. Analysen vil konkretiseres opp mot oppgavens tema, og ta for seg praktiske problemstillinger knyttet til påvirkning av utviklingshemmede elever, både av fysisk og psykisk art.

Tradisjonelt har man tatt utgangspunkt i de handlingsnormer som følger av strafferetten i vurderingen av om den faktiske myndighetsutøvelsen krever hjemmel.⁴⁹ Dette utgangspunkt beror på en forutsetning om at den strafferettslige og den helse- og sosialrettslige rettsstridsreservasjon sammenfaller.⁵⁰

Østenstad hevder det har skjedd en forvaltningsrettslig brytning der vurderingen av forvaltningens handlingsnormer er løsrevet fra strafferetten og nærmere knyttet opp

⁴⁷ Se for eksempel EMK art. 8 annet ledd.

⁴⁸ Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015 s. 84.

⁴⁹ Se bl.a. *Bernt (1992)* s. 113 flg. og *Østenstad (2000)* s. 35.

⁵⁰ *Østenstad (2011)* s. 289.

mot legalitetsprinsippets rekkevidde.⁵¹ Østenstad går ikke nærmere inn på hva som skal ligge i en slik vurdering ettersom temaet for hans bok er lovregulert.⁵² Også Kjønstad og Syse har legalitetsprinsippet som utgangspunkt for sine drøftelser.⁵³ Det synes også forutsatt i forarbeidene til hotjl. kap. 9 at dette er to alternative synsmåter.⁵⁴

Skillet mellom disse to perspektiver kommer særlig på spissen når tiltaket ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i strl. § 251 som rammer den ulovlige tvang. I disse tilfeller kan forvaltningen mangle kompetanse til tross for at tiltaket ikke rammes av strl. § 251. Det forvaltningsrettslige perspektivet innebærer dermed et styrket vern om barnets integritet, og vil av den grunn benyttes som bakteppe for den videre drøftelse av hvilke tiltak som krever hjemmel.

Hjemmelskravet utgjør et krav til kompetanse for inngrep, men er også retningsgivende ved tolkningen av kompetansehjemmelen.

3.2 Innholdet av legalitetsprinsippet

3.2.1 Et krav om lovhjemmel

Rettsreglene regulerer rettsforholdet mellom rettssubjekter. Kravet om hjemmel kan betraktes som en rettssikkerhetsgaranti ved at den private kan motsette seg visse forvaltningsrettslige disposisjoner som ikke er truffet i kraft av formell lov etter GrL. §§ 76-79.⁵⁵

Det forvaltningsrettslige hjemmelskravet ble, som følge av grunnlovsrevisjonen i 2014, grunnlovfestet i GrL. § 113.⁵⁶ Etter GrL. § 113 må "[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte [...] ha grunnlag i lov". Kravet om lov gjelder ved faktiske handlinger og rettslige disposisjoner som utgjør et "inngrep".⁵⁷ Også faktiske og rettslige inngrep i beskyttede rettigheter etter EMK, krever hjemmel.

⁵¹ *Ibid* punkt 4.2.2.3.

⁵² *Ibid* s. 297.

⁵³ *Kjønstad og Syse* s. 482.

⁵⁴ Ot.prp.nr.58 (1994-1995) s. 11 og 27.

⁵⁵ Se Eivind Smith: *Konstitusjonelt demokrati: statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 2. utg., Bergen 2012 s. 239.

⁵⁶ Grunnlovfestingen skulle ikke medføre realitetsendringer, se Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 248.

⁵⁷ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 249 og Rt.2010.612 "Sårstelldommen" (avsnitt 27).

Når det gjelder tvangsinngrep mot barn med psykisk utviklingshemning, er hjemmelskravet særlig begrunnet med at det skal motvirke vilkårlighet. I Rt.2014.1105, som gjaldt bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll, oppsummeres legalitetsprinsippet slik med bakgrunn i Grl § 113: ”Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for” (avsnitt 26). Dette har direkte overføringsverdi for oppgavens tema.

Legalitetsprinsippet oppstiller dermed krav om lovhjemmel for faktiske myndighetshandlinger som er av inngripende karakter, slik som tvangsinngrep mot utviklingshemmede elever. Slike inngrep er i legalitetsprinsippets kjerneområde,⁵⁸ og må ha et innhold som samsvarer med ordlyden i rettsgrunnlaget. Dette gjelder også hvor tvangen objektivt sett er i den tvungne sin egen interesse.⁵⁹

3.2.2 Et kvalitativt krav til lovhjemmelen

For at vilkåret om ”lov” skal være oppfylt, må det stilles et kvalitativt krav til lovhjemmelen for å motvirke vilkårlighet. Hvilke krav som stilles avhenger av graden av inngrep. En kan se det slik at de kvalitative krav til hjemmel avhenger av i hvilken grad de hensyn som hjemmelskravet skal ivareta, gjør seg gjeldende i den konkrete sak. Man kan altså snakke om et relativt hjemmelskrav. Etter forarbeidene til Grl. § 113 bør det av hjemmelen ”tydelig [foreskrives] hvilke beslutninger og handlinger som er tillatt”.⁶⁰ Hvorvidt hjemmelen fremstår som tilstrekkelig klar, beror på en naturlig ordlydstolkning.⁶¹ Et relativt hjemmelskrav følger også av praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol.⁶²

I Rt.1995.530 ”Laksefrysningsdommen”, som gjaldt pålegg om avgift for å finansiere en innfrysningsordning, uttaler førstvoterende at det kvalitative krav til lovhjemmel ”må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn” (s. 537). Denne formelen vil heretter kalles ”laksefrysningsformelen”.

⁵⁸ *Bernt (1992)* s. 125.

⁵⁹ *Kjønstad og Syse* s. 482.

⁶⁰ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 249.

⁶¹ Se Erik Monsen: ”Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt-2010-612” i *Undring og erkjennelse : Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013 s. 422.

⁶² Se Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utg., Bergen 2011 s. 108.

Når det gjelder ”hvilket område en befinner seg på” er det tradisjonelt stilt lempelige krav til hjemmel for tvangsinngrep mot barn, noe som står i motsetning til det som gjelder for inngrep i integriteten til en voksen person. Et slikt synspunkt kommer også til uttrykk i forarbeidene til oppl. der det uttrykkes at ikke ”[e]nhver form for fysisk maktanvendelse fra skolepersonalets side” rammes av tidligere straffelov 1902 § 228.⁶³ Uttalelsen er løsrevet fra drøftelsen av reglene om nødrett og nødverge, og tolkes som et lempelig hjemmelskrav når det gjelder maktutøvelse overfor elever på skolen. Kunnskapsdepartementet har i en seinere uttalelse, med utgangspunkt i den siterte forarbeidsuttalelsen, lagt til grunn et lignende holdning. Her uttales det at dersom en lærer ”tar tak i armen på en elev og fører eleven bort fordi eleven etter instruks nekter å flytte seg [...] neppe [vil] bli rammet” av dagjeldende straffelov 1902 § 228 første ledd om legemsfornærmelse.⁶⁴ Overfor en voksen person vil et slikt tiltak utvilsomt utgjøre et ”inngrep”, jf. Grl. § 113, som krever lovhjemmel. Tiltaket vil utgjøre en kroppskrenkelse etter straffeloven 2005 § 271 første ledd som er en videreføring av strl. 1902 § 228 første ledd.⁶⁵

Et slikt synspunkt synes problematisk da det legger til grunn at legalitetsprinsippet er svakt når det gjelder integritetskrenkende inngrep overfor elever på skolen. Dette står skarpt i motsetning til at barnet har et sterkere vern om sin integritet etter Grl. § 104 tredje ledd første punktum enn det som gjelder for voksne etter Grl. § 102 (2).⁶⁶ Dette styrkede integritetsvern begrunnes i at barn er ”særlig sårbare, og at de i større utstrekning enn myndige personer trenger myndighetenes hjelp for å beskytte sin personlige integritet”⁶⁷. Denne uttalelsen er av stor interesse for oppgavens tema.

En avklaring av hjemmelkravets rekkevidde, altså når tiltaket har et slikt innhold at det krever lovhjemmel, vil ha betydning for hvilken rettskildefaktor som kan utgjøre det primære rettsgrunnlag for tiltaket.⁶⁸

⁶³ NOU 1995:18 punkt 30.4.1.

⁶⁴ Kunnskapsdepartementet: *Om adgangen til bruk av tvang og makt i skolesektoren*, 29.06.11.

⁶⁵ Strl. 2005 § 271 første ledd er en videreføring av strl. 1902 § 228 første ledd, jf. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 427.

⁶⁶ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 193.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Monsen* s. 421.

3.3 En vurdering av hvilke tiltak som krever lovhjemmel

3.3.1 Rekkevidden av hjemmelskravet

I forarbeidene til Grl. § 113 er det uttalt at et ”inngrep” fra myndighetene, som krever lovhjemmel, kun omfatter de ”kvalifiserte forhold”.⁶⁹ En må altså vurdere hvorvidt handlingen mot eleven er av kvalifisert art.

Monsen hevder at vurderingen av når en faktisk myndighetshandling er så kvalifisert at den krever hjemmel, og når det relative hjemmelskrav skjerper kravet til hjemmelen, er sammenfallende. I denne vurderingen må ”de hensyn som taler for at forvaltningen bør få gjennomføre tiltaket [veies] mot hensynet til de som rammes” med utgangspunkt i laksefrysningsformelen.⁷⁰

Et sammenfallende vurderingstema synes skjønnsomt. De hensyn som er fremhevet i Laksefrysningsdommen om det relative hjemmelskrav er egnet til å vurdere hvor inngripende tiltaket er, m.a.o. når det foreligger et ”inngrep” som krever lovhjemmel.

Førstvoterende uttalte at fryseordningen var et ”inngripende og ekstraordinært tiltak” (side 541), noe som taler for at legalitetsprinsippet gjør seg sterkt gjeldende. Etter en helhetsvurdering ble tiltaket ikke ansett som ”ulovhjemlet” på bakgrunn av den konkrete situasjonen. I denne vurderingen ble det fremhevet at ”belastningen overfor medlemmene [må] avveies mot den fordel de ble antatt å ville få”⁷¹ (side 541).

Dette utgjør en forholdsmessighetsvurdering⁷² der også inngrepets positive effekter må veies mot de negative. Etter dette vil et tiltak være mindre inngripende der en kan påvise positive effekter som en direkte følge av tiltaket. En slik vurdering vil også ha overføringsverdi til temaet for oppgaven: ved et tvangsinngrep i opplæringshensikt krenker man barnets integritet, men denne krenkelsen vil kunne være i barnets interesse og komme barnet til gode i fremtiden.

Spørsmålet blir da hvorvidt man kan relativisere kravet om hjemmel til fordel for barnet.

⁶⁹ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 247.

⁷⁰ Monsen s. 422-423.

⁷¹ Dette kan minne om konstruksjonen om at myndighetsinngrep som *utelukkende* gir borgeren fordeler, ikke krever lovhjemmel. Saken var ikke slik i denne saken. Se også *Augland m.fl.* s. 103.

⁷² *Bernt (2015)* s. 44.

Innenfor barnevernretten finner man eksempler på at slike forholdsmessighetsvurderinger kan begrunne et svekket legalitetsprinsipp til fordel for barnet. Dette har særlig vært tilfelle i saker som gjelder omsorgsovertakelse der barnets interesser står i konflikt med interessene til de biologiske foreldrene som vil ha barnet sitt tilbakeført.

Sandberg oppsummerer rettstilstanden slik:

”legalitetsprinsippet er relativt på dette området. Grunnen er ikke at det dreier seg om et mindre alvorlig inngrep, men viktigheten av de motstående hensyn – dette barnets interesser. Legalitetsprinsippet anvendes noe mindre strengt fordi sakene gjelder et individ som i så stor grad har behov for beskyttelse.”⁷³

Høyesterettsdommene uttalelsen bygger på ble avsagt før det ”grunnleggende hensyn” om hva som er ”barnets beste” ble inntatt i Grl. § 104 annet ledd. Hensynet har dermed større vekt i dag.

Som et utgangspunkt vil altså hensynet til barnets interesser, der dette hensyn gjør seg særlig gjeldende, tale for at man relativiserer vekten av legalitetsprinsippet til fordel for vern om barnets interesser. Hensynet om barnets beste kan både tale for og i mot tvangstiltak i opplæringshensikt. Her kreves det en individuell vurdering av hva som er det ”beste” for eleven, jf. Grl. 104 annet ledd. Vekten av hensynet vil basere seg på de motstående interesser i den konkrete sak, herunder hvor inngripende tiltaket er.

Dette utgangspunkt krever en nærmere vurdering av hvorvidt de legislative grunner bak hjemmelskravet gjør seg tungt gjeldende.

3.3.2 Begrunnelse for et strengt hjemmelskrav ved tvangsinngrep mot utviklingshemmede elever

I det foregående har det blitt vurdert hvorvidt man kan begrunne et svakere hjemmelskrav til vern om barnets interesser.

⁷³ Kirsten Sandberg: *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 s. 38.

For oppgavens tema vil vekten av barnets interesser for å lempe på hjemmelskravet være minimal⁷⁴ hensett mot legalitetsprinsippets primære begrunnelse på individnivå: hjemmelskravet skal forhindre vilkårlighet.⁷⁵

Også det sterke integritetsvernet overfor barn på bakgrunn av deres særlig behov for beskyttelse, taler for dette.⁷⁶ En kan også se det slik at utviklingshemmede barn er ”dobbeltsårbar” på grunn av alder og funksjonsnedsettelse. Dette taler for et strengere hjemmelskrav. Et strengt krav vil også forhindre myndighetsmisbruk. På dette området fremstår det som viktig med en demokratisk debatt som tar stilling til hvilke vilkår som må foreligge for at man kan utøve tvang mot utviklingshemmede elever.

I en ankesak for Gulating lagmannsrett, som omhandlet hvorvidt en tvangshandling var lovlig i et nødrettsperspektiv, ble et slikt restriktiv synspunkt begrunnet slik:

”Psyisk utviklingshemmede mennesker er en særlig utsatt gruppe. Når de utsettes for overgrep av forskjellig slag har de liten eller ingen evner til å verge seg [...] De har derfor et særlig krav på beskyttelse fra det offentliges side. Det må blant annet komme til uttrykk ved at lovbestemmelser som åpner for tvangsinngrep tolkes innskrenkende.”⁷⁷

Utgangspunktet er at det kreves en ”klar og utvetydig lovhjemmel”⁷⁸ for integritetskrenkende inngrep overfor utviklingshemmede elever.⁷⁹ Når loven hjemler inngrep overfor barnet, bør den tolkes restriktivt for å forhindre vilkårlighet.⁸⁰

Spørsmålet blir etter dette hvilke faktiske tiltak som utgjør et ”inngrep” som krever lovhjemmel, jf. Grl. § 113.

⁷⁴ Her kunne konklusjonen blitt en annen dersom inngrepet var begrunnet i vern om barnets liv og helse som er særlig vektige rettsgoder, se Østenstad (2000) s. 133.

⁷⁵ Det er også lagt til grunn i *Kjønstad og Syse* s. 482 at inngripende tiltak krever hjemmel uavhengig av dets godhet.

⁷⁶ Se også punkt 3.2.2 om barnets sårbarhet.

⁷⁷ Se Gulating lagmannsrett, ankesak nr. 98-00844 s. 25 (Turid-saken).

⁷⁸ Se *Kjønstad og Syse* s. 482.

⁷⁹ Et lignende utgangspunkt er også lagt til grunn om ”vulnerable individuals” i Henriette Sinding Aasen, Rune Halvorsen og António Barbosa da Silva (red.): *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services : Nordic perspectives*, Antwerpen 2009 s. 106.

⁸⁰ Se også Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015 s. 85.

3.3.3 En vurdering av når et inngrep mot en utviklingshemmet elev krever lovhjemmel

3.3.3.1 En pedagogisk gradering av tiltakets grad av inngrep

I det følgende er vurderingstemaet hvordan en skal gradere hvor inngripende tiltaket er. Dette er relevant både for vurderingen av hvorvidt tiltaket krever lovhjemmel og hvilke kvalitative krav en må stille til inngrepshjemmelen.

Relevante momenter i vurderingen vil være (1) tiltakets art og (2) utvist motstand. Etter en konkret vurdering av disse momenter, kan graden av inngrep enten være (1) minimal, (2) moderat eller (3) kvalifisert. Kun de kvalifiserte inngrep krever klar lovhjemmel.⁸¹

De kvalifiserte tiltak vil typisk være der den ansatte med direkte press som følge av elevens motstand, bidrar til at eleven gjennomfører handlingen, for eksempel ved håndholding eller der ansatt retter hodet til eleven mot et kommunikasjonsverktøy, f.eks. et piktogram.

Hvor lærer utøver en handling mot eleven kan eleven enten reagere med (1) ingen motstand eller likegyldighet, (2) liten motstand eller (3) sterk motstand.

I disse tilfeller blir spørsmålet hvordan en skal vurdere graden av inngrep ihht. til legalitetspinsippet ut i fra elevens reaksjon på tiltaket.

Når det gjelder tiltak mot en utviklingshemmet voksen person, vil en gjennomføring tross eksplisitt motstand, kreve hjemmel, uavhengig av tiltakets godhet.⁸² I det følgende vil det bli vurdert om barnets motstand, eller mangel på sådan, vil være en avgjørende markør for hvor inngripende tiltaket er.

3.3.3.2 Tilfeller der eleven utviser motstand mot tiltaket

Barnet sin rett til respekt for sin integritet, tilsier at barnets motstand skal være den fremste markør for hvor inngripende tiltaket er. Også rettsutviklingen med stadig

⁸¹ Se punkt 3.3.1.

⁸² *Bernt (1992)* s. 115.

større fokus på et motstandskriterium i tvangslovgivningen, uavhengig av den tvungnes alder, taler for dette.⁸³ Formen for motstand er likegyldig.

Det følger også av praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol at selv et minimalt inngrep utgjør en krenkelse av personens rett til respekt for sitt ”privatliv” etter EMK art. 8 (1) hvor det er gjennomført ”against the individual’s will”.⁸⁴ Slike tiltak krever hjemmel.

Tiltaket må vurderes ut i fra graden av press som er utøvd mot barnet i forhold til varigheten og styrken av barnets motstand. For eksempel der personalet på alminnelig måte overtaler eleven til å gjøre noe, vil det ikke foreligge tvang. En kan her legge til grunn at ikke all påvirkning, tross noe motstand, utgjør et inngrep som krever hjemmel i lov. At lettere påvirkning må aksepteres uten klar hjemmel, kan en blant annet begrunne i det som faller inn under alminnelig barneoppdragelse og grensesetting. Dette vil bli analysert nærmere under punkt 7.3.

Der eleven utviser vedvarende og sterk motstand mot et stadig press fra lærer, krever et slikt tiltak klar hjemmel. Kravet om hjemmel gjelder uavhengig av barnets alder og funksjonshemming. Ved slike tiltak vil kompetansemangelen for forvaltningen gjøre seg gjeldende på et tidligere tidspunkt enn for foreldrene, hvis handling må vurderes etter straffeloven. Dette kan også underbygges ved at det generelt stilles strengere krav til det profesjonelle tjenesteapparat sine evner til å håndtere konfliktfylte situasjoner enn privatpersoner.⁸⁵

Hva så med de tilfeller der barnet ikke viser motstand, eller kanskje til og med stiller seg likegyldig til tiltaket? Hvordan skal en gradere hvor inngripende tiltaket er i slike tilfeller?

3.3.3.3 Tilfeller der eleven ikke utviser motstand mot tiltaket

Barnets motstand vil i positiv forstand være en markør av tung vekt. I de tilfeller barnet ikke viser motstand, må det anlegges en objektiv vurdering etter laksefrysingsformelen. En må altså se på ”arten av inngrepet, hvordan det rammer

⁸³ Se pasientrettighetsloven § 4A-3 og hotjl. § 9-2 annet ledd første punktum.

⁸⁴ *Storck mot Tyskland* (avsnitt 143).

⁸⁵ Rundskriv IS-10/2004 s. 50.

og hvor tyngende det er overfor den som rammes” og andre rettskilder, i vurderingen av hvor inngripende tiltaket er.

Grunnet barnets svekkelser må en her finne frem til en objektiv målestokk for å gradere inngrepet. En kan her ikke se på barnets passivitet/likegyldighet som en form for samtykke. Barnets ytre passivitet/likegyldighet kan skyldes elevens funksjonshemninger, herunder manglende kommunikative ferdigheter.

Etter rundskriv til tidligere sosialtjenestelov kapittel 6A, ble det lagt til grunn at et tiltaks forsvarlighet skulle vurderes ut i fra en objektiv vurdering av ”opplevelsen av inngrep i den enkeltes integritet og verdighet.”⁸⁶

Dette vil utgjøre et rettslig vurderingstema på bakgrunn av barnets iboende respekt for sin verdighet og integritet, se bl.a. Grl. § 104 første ledd første punktum og tredje ledd første punktum.

I hvilken grad tiltaket griper inn i elevens verdighet og integritet vil være avgjørende for om tiltaket krever hjemmel i de tilfeller hvor eleven ikke utviser motstand.⁸⁷

En lignende målestokk synes hensiktsmessig også når det gjelder virkemidler av psykisk art, for eksempel overtalelses-, manipulasjons- og belønningstekniker. I disse tilfeller kan man ikke operere etter et motstandskriterium da disse teknikker typisk overvinner motstanden før den kommer til uttrykk.

Det må stilles strenge krav til de virkemidler profesjonelle tjenesteytere tar i bruk. Hvilke virkemidler skolens ansatte kan benytte seg av overfor utviklingshemmede elever, beror på en vurdering av kompetansegrunnlaget og et generelt krav til etisk og faglig forsvarlighet og forholdsmessighet.⁸⁸

⁸⁶ *Ibid* s. 51. Et lignende synspunkt har også støtte i *Barbosa da Silva m.fl.* s. 37.

⁸⁷ Dette vil også være et viktig moment i vurdering av tiltak der eleven utviser motstand mot tiltaket.

⁸⁸ Se punkt 2.2 om forholdsmessighet og forsvarlighet.

4 En nødvendig avgrensing mot tvangshjemlene i hotjl.

kapittel 9

Hvorvidt tiltak etter hotjl. kapittel 9 kan iverksettes i skolen overfor elever som mottar omsorgstjenester, er avgjørende for hvilket rettsgrunnlag som kan tjene som lovhjemmel for tvangstiltak på skolen.

På bakgrunn av uttalelser fra Kunnskapsdepartementet⁸⁹ er det åpnet for at ansatte ved helse- og omsorgstjenesten kan utøve tvang i skolen. Dette er kommet til uttrykk i det nye rundskrivet til hotjl. kapittel 9. For at dette skal være aktuelt er det en forutsetning at

”skolens ledelse samtykker til at tiltakene kan gjennomføres når eleven er på skolen [...] tiltakene gjennomføres som ledd i tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, og at tiltakene gjennomføres av personell fra helse- og omsorgstjenesten.”⁹⁰

Av særlig interesse er hva som anses som ”ledd i tjenester” etter hotjl., og hvilke tiltak dette omfatter. Tjenesteinnholdet vil sette grenser for arten av tvangstiltak som kan iverksettes av personale innenfor helse- og omsorgstjenesten på skolen.

Reglene i hotjl. kapittel 9 gjelder bruk av tvang som ”ledd i tjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d til personer med psykisk utviklingshemning”, jf. § 9-2 første ledd.

Etter § 3-2 nr 6 bokstav b skal kommunen, for å oppfylle sine plikter, tilby innbyggerne nødvendige helse- og omsorgstjenester, blant annet ”personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring”. Også andre former for hjelpetiltak følger av bokstav a, c og d, men disse er av mer institusjonell art som ikke har direkte sammenheng med skolen.

⁸⁹ Helsedirektoratet, som har utarbeidet rundskrivet, opplyste meg om at ”fortolkningen har fra Kunnskapsdepartementets side kommet til uttrykk i kontakt mellom de berørte departementene” og ikke er ”nedfelt i noen formell tolkningsuttalelse fra Kunnskapsdepartementet.” KD svarte ikke på min henvendelse der jeg ba om innsyn i primærkilden som uttalelsen i rundskrivet bygger på. Da rundskrivet er det nærmeste jeg kom primærkilden, blir dette lagt til grunn.

⁹⁰ Rundskriv IS-10/2015: *Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning* : lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester kapittel 9 s. 48.

Etter forarbeidene omfatter tjenester etter § 3-2 nr 6 bokstav b, opplæring i ”dagliglivets gjøremål” hvor ”formålet med opplæringen skal være å bidra til å gjøre den enkelte mest mulig selvhjulpen i dagliglivet”.⁹¹ Bokstav b er en videreføring av tidligere sosialtjenestelov § 4-2 bokstav a.⁹² Etter forarbeidene til sosialtjenesteloven må dette avgrenses mot ”den undervisning som tilligger skolemyndighetene.”⁹³

Ettersom virkeområdet for nåværende hotjl. § 3-2 første ledd nr. 6 avhenger av arten av tjenesten brukeren mottar, og ikke rent fysisk hvor den ytes, utelukker ikke dette at slike tjenester kan ytes også når barnet er på skolen.⁹⁴

Innenfor hotjl. § 9-5 tredje ledd bokstav c kan tvang anvendes for å dekke brukerens ”grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak”, jf. bokstav c.

Ettersom slike tvangsinngrep er av inngripende karakter, må ordlyden tolkes restriktivt.

Disse grunnleggende behov er mat og ”drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet.” Denne listen må, ut i fra ordlyden, antas å være uttømmende. Slike tiltak vil typisk være tvang under opplæring i spiseferdigheter og lignende. Tvang til dette formål krever enkeltvedtak, jf § 9-7 annet ledd første punktum.

Østenstad legger til grunn at språktrening i utgangspunktet er en oppgave for skoleverket, men at dette også kan være en omsorgstjeneste i de tilfeller kommunikasjonstrening er knyttet til ”typiske omsorgssituasjoner som påkledning eller måltid”.⁹⁵

På bakgrunn av dette avgrenses det mot tvang som helse- og omsorgstjenesten kan utøve på skolen. Slike formål omfatter trening og opplæring i dekning av elevens ”grunnleggende behov” etter hotjl. § 9-5 tredje ledd bokstav c, og skadeavverging i nødssituasjoner der det er fare for ”vesentlig skade” på eleven selv eller andre som

⁹¹ Prop.91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. s. 186.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Ot.prp.nr.29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester m.v. s. 56.

⁹⁴ Det kan her stille spørsmål ved om en slik åpning er i strid med lovgivers intensjoner for opplæringsloven, men dette er et spørsmål jeg lar stå åpent.

⁹⁵ Østenstad (2000) s. 87.

følge av elevens oppførsel, jf hotjl. § 9-1 første ledd og § 9-5 tredje ledd fjerde punktum.

Det fremstår som tvilsomt at skoleverket i alle tilfeller som dekkes av hotjl., benytter seg av muligheten som Kunnskapsdepartementet har åpnet for. Det er heller ikke alle barn med psykisk utviklingshemning som har vedtak om helse- og omsorgstjenester. Oppgaven vil derfor i noen grad også belyse hvor langt skolen kan gå i sin virkemiddelbruk overfor utviklingshemmede elever som ikke har vedtak om tjenester etter hotjl.

Innenfor opplæringssektoren blir spørsmålet om man kan benytte seg av tvangsinngrep i opplæring som rammes av opplæringsloven.

5 Det rettslige grunnlag for skolegangen og dens innhold

5.1 Innledende bemerkninger til opplæringsloven

Skolen er en viktig samfunnsinstitusjon. Av denne grunn er det knyttet stor politisk interesse til dens institusjonelle og innholdsmessige rammer. Opplæringsloven har etter at den trådte i kraft 1. august 1999, blitt endret en rekke ganger.

Den nærmere bakgrunn og regulering av skolen, vil ha betydning for analysen av mulige tvangsgrunnlag i opplæringsloven selv og de alminnelige tvangsgrunnlag som antas å gjelde uavhengig av sektor.

Virkeområdet til opplæringsloven er ”grunnskoleopplæring og vidaregåande opplæring i offentlege skolar og lærebedrifter” dersom ikke annet er fastsatt i lov, jf § 1-2 første ledd. Loven kommer også til anvendelse for private grunnskoler som ikke får statstilskudd, og hjemmeundervisning, jf annet ledd.

Elevens rettigheter i opplæringsloven kan deles i tre kategorier: (1) retten til opplæring, (2) retten til tilpasset opplæring og (3) retten til spesialundervisning.⁹⁶

⁹⁶ Eivind Smith: *Ny opplæringslov - bedre rettssikkerhet?*, Spesialpedagogikk nr. 1 1996 s. 12.

Etter § 1-3 første ledd skal opplæringen tilpasses ”evnene og føresetnadene” til den enkelte elev, noe som også følger av Grl. § 109 første ledd tredje punktum. Hvor eleven ikke får et tilfredsstillende utbytte av opplæring innenfor alminnelige rammer, har vedkommende rett på spesialundervisning etter kapittel 5. Spesialundervisning vil særlig være aktuelt for utviklingshemmede elever.

Etter § 5-5 første ledd første punktum gjelder reglene om innholdet i opplæringen ”så langt dei passar” for spesialundervisningen.

Spesialundervisningen gis ”på bakgrunn av opplæringsplanen for skolen”.⁹⁷ Innholdet i opplæringen skal særlig ta hensyn til ”utviklingsutsiktene til eleven”, jf. § 5-1 første ledd første punktum, og skal minst ha et slikt innhold som kan gi eleven ”eit forsvarleg utbytte”, jf. § 5-1 annet ledd annet punktum.

Innholdet i spesialundervisning må tilpasses eleven, jf. § 5-5 første ledd første punktum. Videre skal det utarbeides en ”individuell opplæringsplan” (”IOP”) for eleven, jf. annet punktum.

Spesialopplæring omfatter ikke ”behandling”, noe som ligger under helse- og omsorgstjenesten. Opplæringsbegrepet knytter seg til ”innøving” og ”vedlikehold av kunnskaper eller ferdigheter hos eleven”.⁹⁸

5.2 Bakgrunnen for opplæringsloven, med fokus på tvangsproblematikken

Smith-utvalget, ledet av professor Eivind Smith, la i 1995 frem forslaget om ny opplæringslov.

Utvalget behandlet spørsmålet om egne tvangshjemler i opplæringsloven eller hvorvidt det skulle henvises til seinere sosialtjenestelov kapittel 4A. Vurderingen var knyttet til tvangshjemler overfor utviklingshemmede elever. I utredningen ble det uttalt at forslaget til nye bestemmelser i sosialtjenesteloven kapittel 4A, som er tilnærmet identisk til dagens hotjl. kap 9,

⁹⁷ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa s. 167.

⁹⁸ NOU 1995:18 punkt 19.3.3.2.

”er utformet også med tanke på opplærings situasjoner. Men bestemmelsene er ennå ikke vedtatt og har således ikke fått sin endelige utforming [...] På denne bakgrunn har ikke utvalget grunnlag for å ta standpunkt til om disse reglene bør gis anvendelse også i grunnskoler og videregående skoler. Men utvalget vil anbefale at dette spørsmålet blir vurdert når reglene har funnet sin form og eventuelt er endelig vedtatt.”⁹⁹

Utvalget så det slik at straffelovens regler om nødrett og nødverge var tilstrekkelig.¹⁰⁰ Departementet la utvalgets vurdering til grunn.¹⁰¹

Smith-utvalget vurderte det videre slik at ”[s]vært lempelige former for maktbruk” ikke vil ”anses som straffbar legemsfornærmelse.”¹⁰² Dette er også seinere lagt til grunn av Kunnskapsdepartementet.¹⁰³

Holdningen i dag er at det ikke finnes hjemmel for fysisk tvang i opplæringsloven,¹⁰⁴ men at det er ”grunnlag for å ta stilling til om det er behov for tvangshjemler”.¹⁰⁵ Denne uttalelsen knytter seg tvang ved direkte skadelig atferd.

5.3 Aktuelle opplæringsmessige formål for tvang

Innholdet i opplæringen må ligge innenfor oppl. med forskrifter og læreplanverket for Kunnskapsløftet, jf. forskrift til opplæringsloven § 1-1. I formålsangivelsen i oppl. § 1-1 femte ledd første punktum, som danner grunnlaget for innholdet av undervisningen, skal ”[e]levane og lærlingane [...] utvikle kunnskap, dugleik og holdningar for å kunne meistre liva sine og for å kunne delta i arbeid og fellesskap i samfunnet.”

En forutsetning for at eleven i størst mulig grad skal ”kunne meistre liva sine og [...] delta i arbeid og fellesskap i samfunnet”, er grunnleggende kommunikasjonsferdigheter. Opplæring i kommunikasjon ligger under skolen.

⁹⁹ NOU 1995:18 punkt 30.5.3.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) s. 116.

¹⁰² NOU 1995:18 punkt 30.5.3.

¹⁰³ Se punkt 3.2.2..

¹⁰⁴ Se bl.a. Rundskriv Udir-2/2010: *Retten til et godt psykososialt miljø* punkt 4.2.3 og NOU 2015:2 s. 33.

¹⁰⁵ NOU 2015:2 s. 120.

Et pedagogisk opplegg, som skal danne et slik grunnlag, er for eksempel bruk av dagsplaner og andre kommunikasjonsvirkemidler som piktogrammer og bilde- og tegnbruk. Det er antatt at slike virkemidler som systematiserer omgivelsene, bidrar til mer forutsigbarhet for det utviklingshemmede barnet, noe som i mange tilfeller vil kunne forhindre uønsket atferd.¹⁰⁶ Disse ferdigheter bidrar også til økt grad av selvstendighet og sosialisering. Det vil minske barnets sårbarhet som en konsekvens av manglende forståelse av omgivelsene, og kan forhindre fremtidig ”problematisk eller skadelig” atferd.¹⁰⁷ På denne måten kan lempelig tvang virke forebyggende når det gjelder fremtidig tvang som kan være av en mer stigmatiserende karakter.

Tvangstiltak vil særlig være aktuelt i innkjøringsperioder der kommunikasjonsverktøyet, eller et annet pedagogisk opplegg, utgjør en ny bestand i elevens hverdag som han knytter usikkerhet til. Det er gjerne før eleven blir trygg på virkemiddelet, gjennom praksis, at han viser størst motstand og vegring.¹⁰⁸ Dette aktualiserer ulike former for tiltak med mildt tvangspreg frem til eleven bli trygg på virkemiddelet. Tvang må i slike situasjoner være subsidiær der andre frivillige tiltak ikke har ført frem eller blitt ansett formålsløst.

6 Rettslig analyse av aktuelle tvangsgrunnlag i opplæringsloven

6.1 Innledende bemerkninger

De faktiske handlinger skolens ansatte utøver overfor sine elever, må ligge innenfor opplæringsloven og annen lovgivning.¹⁰⁹

Man finner ikke termen ”tvang”, eller andre innholdsmessig lignende uttrykk i opplæringsloven med forskrift. Allerede her ser en altså en forskjell mellom oppl. og hotjl. kapittel 9. Det faktum at en ikke finner dette ordet i loven eller forskriften selv, utelukker allikevel ikke at handlinger med tvangspreg, eller tiltak som blir rubrisert som tvang etter hotjl. kapittel 9, kan utøves mot elever med psykisk

¹⁰⁶ Netland s. 67.

¹⁰⁷ Se Rundskriv IS 12/2004 s. 30.

¹⁰⁸ Netland s. 69.

¹⁰⁹ Jakhelln og Welstad s. 68.

utviklingshemning.¹¹⁰ Ettersom en ikke kan legge til grunn et sektoruavhengig tvangsbegrep innenfor omsorgs- og opplæringssektoren, må en ta utgangspunkt i når tiltaket er så inngripende at det krever hjemmel. At reglene om tvang i hotjl. ikke kommer til anvendelse når det gjelder skolens pedagogiske opplegg, er klart.¹¹¹

Aktuelle kompetansegrunnlag i opplæringsloven er § 9a-1 som gir eleven rett til et ”godt psykososialt miljø”, og § 2-3 fjerde ledd første punktum som pålegger eleven en plikt til å ”vere aktivt med i opplæringa”. Også § 2-9 som gir kommunen kompetanse til å gi ordensreglement for den enkelte grunnskole er aktuell.¹¹²

Hvorvidt tvangsinngrep kan reguleres i ordensreglementet vil bli vurdert til slutt, da det som er foreskrevet i reglementet må ”ligge innenfor rammene av opplæringsloven” og annen generell lovgivning.¹¹³

6.2 Elevenes rett til et ”godt” skolemiljø

Opplæringslovens kapittel 9a stiller opp plikter for skolen når det gjelder det fysiske og psykososiale miljø. I det følgende vil det kun bli redegjort for elevens individuelle rett, og skolens tilsvarende plikt, til et ”godt” psykososialt miljø etter oppl. § 9a-1.

Det psykososiale miljø har i følge forarbeidene med ”mellommenneskelege tilhøve å gjere”.¹¹⁴ Dette vil altså sette de ytre rammer for hvilke forhold som er beskyttet av kapitlets verne- og rettighetsbestemmelser.

Ettersom oppgaven avgrenser mot handlinger som krenker andre elever sine rettigheter,¹¹⁵ vil tvang til vern om det psykososiale miljøet etter § 9a-3 annet ledd ikke være et aktuelt tiltak.

Et kompetansegrunnlag må dermed søkes i lovens øvrige bestemmelser.

¹¹⁰ Dette omfatter bl.a. ”svært lempelige former for maktbruk”, jf. punkt 5.2.

¹¹¹ Se punkt 4.

¹¹² Det materielle innhold av paragraf § 3-7 er identisk, men denne gjelder den ”videregående skole” hvor fylkeskommunene har forskriftskompetansen, jf. første ledd første punktum.

¹¹³ NOU 1995:18 punkt 30.2.2.

¹¹⁴ Ot.prp.nr.72 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæring s. 23.

¹¹⁵ Se punkt 1.4.

6.3 Elevens aktivitetsplikt

6.3.1 Innledende bemerkninger

At barn og unge har en plikt til grunnskoleopplæring følger av oppl. § 2-1 første ledd første punktum. Utover at eleven faktisk møter på skolen, har eleven en aktivitetsplikt.

Etter oppl. § 2-3 fjerde ledd første punktum skal eleven ”vere aktivt med i opplæringa”. Dette er en videreføring av tidligere lov om videregående opplæring § 15 tredje og fjerde ledd.¹¹⁶ En slik aktivitetsplikt må vurderes ut i fra elevens ”egne forutsetninger”.¹¹⁷

En må altså vurdere elevens aktivitetsplikt ut i fra elevens individuelle evner, både faglig og ellers. Hensett til elevens ”mangelfull[-e] utvikling av evner og funksjonsnivå”,¹¹⁸ kan en altså ikke kreve det samme av disse elever som av andre.

Videre må eleven ”delta i opplæringen i den formen den blir gitt”, jf. tidligere lov om videregående opplæring § 15 fjerde ledd. Eleven har dermed en plikt til å delta i undervisningen uavhengig av form og innhold.

Elever med utviklingshemning vil motta spesialundervisning etter kapittel 5. Hvilken form opplæringen blir gitt i, vil fremkomme av elevens IOP, jf. 5-5 første ledd annet punktum, som er tilpasset elevens forutsetninger.

Spørsmålet blir om elevens aktivitetsplikt kan utgjøre det primære rettsgrunnlag for å utøve tvang i opplæringshensikt overfor den utviklingshemmede eleven som ledd i pedagogisk opplegg. I så fall vil dette være et virkemiddel for at eleven i tilfredsstillende grad oppfyller det opplegget som følger av elevens IOP. Elevens aktivitetsplikt er nært knyttet til lærers instruksjonsrett.

6.3.2 Elevens aktivitetsplikt som kompetansegrunnlag for tvang

Bestemmelsen er taus om hvilke virkemidler skolen kan benytte dersom eleven ikke oppfyller sin aktivitetsplikt. Reaksjoner av pønalt karakter må fremkomme av

¹¹⁶ NOU 1995:18 punkt 30.5.1.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 31 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 21. juni 1974 nr. 55 om videregående opplæring og i lov 23. mai 1980 nr. 13 om fagopplæring i arbeidslivet punkt 3.7.1.

¹¹⁸ ICD-10 punkt F70-79.

ordensreglementet, jf. § 2-9, og kan omfatte tiltak som gjensitting, midlertidig inndragning av gjenstander og bortvisning, jf. § 2-10. Slike refsingstiltak anses ikke som et egnet virkemiddel overfor psykisk utviklingshemmede elever eller andre med dype atferdsproblemer.¹¹⁹

Etter forarbeidene må refsingstiltak, som krever klar hjemmel i ordensreglementet, avgrenses mot ”opplæringsmessige og ordensmessige tiltak”, heretter kalt ”opplæringstiltak”.¹²⁰ Et tiltak vil rubriseres som refs der det er påført vedkommende i den hensikt at det skal føles som et onde.¹²¹

Når det gjelder opplæringstiltak, vil en altså generelt stille lempeligere krav til hjemmel enn til refsingstiltak. Dette utgangspunktet vil allikevel ikke gjelde generelt. Forvaltningsrettslige tvangstiltak som griper inn i den personlige integritet vil i mange tilfeller være mer inngripende enn refsingstiltak. Dermed må man, på bakgrunn av det relative legalitetsprinsipp, skjerpe kravet til hjemmel.¹²² Dette vil være tilfellet for de tvangsmessige tiltak oppgaven omhandler.

Refsingstiltak må da avgrenses mot opplæringstiltak, som det er antatt at lærer kan iverksettes i kraft av sin instruksjonsmyndighet.¹²³ Det er antatt at skolens instruksjonsmyndighet til å beslutte ”inngripende tiltak” overfor en utviklingshemmet elev, rekker svært kort.¹²⁴ Slike inngrep må være begrunnet i skolens formål og barnets konkrete situasjon¹²⁵, og må ha en konkretisert hjemmel.

De tvangstiltak som oppgaven omfatter er slike ”opplæringstiltak”. Et eksempel på et tiltak kan være der eleven skal læres opp i bruk av piktogrammer, noe eleven utviser lett mostand mot.

¹¹⁹ NOU 1995:18 punkt 30.3.1.2.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Dette er en henvisning til straffebegrepet i strafferetten, se NOU 1995:18 punkt 30.3.1.1.

¹²² Se Nicolai Skjerdal: *Hva betyr "klar lovhjemmel"? ; legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel*, Jussens Venner, 2001 s. 347.

¹²³ Wilhelm Matheson: *Norsk skolerett*, Oslo 1987 s. 312.

¹²⁴ *Mørch og Syse* s. 133.

¹²⁵ *Ibid.*

Spørsmålet blir i slike tilfeller om læreren kan benytte seg av lempelige former for tvang for å overvinne elevens moderate motstand der han ikke oppfyller sin aktivitetsplikt.

Helgeland forutsetter at opplæringstiltak er tiltak som er ”nødvendig” for å lede opplæringen.¹²⁶ Eksempler på slike tiltak er der eleven blir bedt om å lese høyt eller skrive på tavlen. Disse eksempler gjelder elever generelt uavhengig av evner og funksjonsnivå. Ettersom instruksjonen er av lite inngripende karakter, stilles det lempelige krav til hjemmelen. Slike opplæringstiltak er sjelden egnede tiltak overfor utviklingshemmede elever da det kan virke stigmatiserende for eleven, og i mange tilfeller vil anses formålsløst.

Begge disse eksempler på opplæringstiltak, er tiltak av verbal art, altså der eleven blir bedt om å gjøre noe. I enkelte tilfeller vil slike verbale instruksjoner, og en eventuell gjentakelse av instruksjonen der eleven ikke etterkommer første gang, være tilstrekkelig.

Men hva så med de tilfeller der en verbal instruks ikke er tilstrekkelig? Hvordan kan den ansatte i disse situasjoner bidra til at eleven oppfyller sin aktivitetsplikt?

Verken forarbeidene eller Helgeland tar stilling til hvordan skolen kan reagere i de tilfeller eleven ikke handler i tråd med instruksjonen, foruten refs.

Hvilke tiltak lærer i disse tilfeller kan ty til, vil bero på en tolkning av kompetansegrunnlaget. Hvor langt en kan strekke elevens aktivitetsplikt også som en rett for lærer til å iverksette tiltak der eleven ikke oppfyller denne, avhenger av hvor inngripende tiltaket er. Hvor det foreligger et inngripende tiltak, må det foreligge klar lovhjemmel.

Spørsmålet blir da hvilke og i hvilken grad, fysiske og psykiske tiltak kan iverksettes mot utviklingshemmede elever med elevens aktivitetsplikt som det primære rettsgrunnlag.

¹²⁶ Geir Helgeland: *Opplæringslova : Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa av 17. juli 1998 nr. 61 : Kommentartutgave*, 2. utg., Oslo 2006 s. 86.

For den videre drøftelse av dette hjemmelsgrunnlag, vil det skilles mellom tiltak av fysisk og psykisk art. Grunnen til dette er at vurderingen av tiltaket i den konkrete situasjonen kan være ulik, bl.a. hvordan man skal vurdere hvor inngripende tiltaket er.

6.3.3 Tiltak av fysisk art

Med fysiske tiltak menes tiltak hvor en ansatt ved skolen fysisk griper inn i hendelsesforløpet.

I de tilfeller tiltaket er av inngripende karakter, må kompetansegrunnlaget tolkes restriktivt. Her vil elevens motstand være den fremste markør for graden av inngrep.¹²⁷

Det som synes helt klart er at ansatt ved skolen, med bakgrunn i elevens aktivitetsplikt som kompetansegrunnlag, ikke kan holde igjen eleven med makt, eller på annen måte med makt gjennomføre det pedagogiske opplegg ved hjelp av håndholding eller lignende. Dette må gjelde uavhengig av alder og funksjonshemming. Tiltak av denne art rammes også av den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 271 om kroppskrenkelse og § 251 om ulovlig tvang.

Slike tiltak er så inngripende i elevens integritet at det krever en klar hjemmel, noe elevens aktivitetsplikt ikke er. Slike tiltak er heller ikke forholdsmessig ut i fra det synspunkt at tvang skal være subsidiær. I disse tilfeller bør en heller vurdere IOP-en og dets innhold, og overveie om den kan endres på en slik måte at behovet for tvang ikke er nødvendig i samme grad.

Når det gjelder tilfeller der eleven ikke utviser motstand vil vekten av legalitetsprinsippet, som et utgangspunkt, stille seg noe annerledes.¹²⁸ I disse tilfeller vil en vurdering av i hvilken grad inngrepet krenker elevens integritet og verdighet, avgjøre hvor inngripende tiltaket er. Denne vurderingen vil være avgjørende for om tiltaket krever lovhjemmel.

Fysiske virkemidler som bærer preg av oppfordringer, for eksempel håndledelse, milde former for skjerming eller verbale instruksjoner, krever ikke særskilt hjemmel.

¹²⁷ Se punkt 3.3.3.2 om dette.

¹²⁸ Se punkt 3.3.3.3 om dette.

Slike virkemidler må antas å være en del av alminnelig omgang mellom barn og voksne, spesielt unge eller hjelpetrengende barn. Slike tiltak kan den ansatte utføre i kraft av sin stilling.

I de tilfeller eleven ikke yter motstand mot tiltaket, vil dette hjemmelsgrunnlag i de fleste tilfeller være tilstrekkelig, da tiltaket er av lite inngripende art. Lærer må ta hensyn til elevens rett til vern om sin integritet og verdighet. Hvor tiltaket krenker disse rettigheter, kreves et klarere hjemmelsgrunnlag.

6.3.4 Tiltak av psykisk art

Med tiltak av psykisk art menes alle tiltak som ikke er av fysisk art. Eksempler på psykiske virkemidler vil være verbale instruksjoner, belønningssystemer, overtalelsetekniker og lignende. Også barnets psykiske integritet er vernet av Grl. § 104 tredje ledd første punktum¹²⁹ og menneskerettighetene¹³⁰. Hjemmelskravets styrke vil basere seg på hvor inngripende det psykiske tiltak er i elevens integritet og verdighet.¹³¹

I de tilfeller eleven forlater sin arbeidsplass fordi han ikke vil påbegynne eller gjennomføre de oppgaver han har blitt gitt, kan ansatt ved hjelp av alminnelige oppfordringer be vedkommende gjenoppta de oppgaver han har blitt gitt. Slike tiltak kan ikke karakteriseres som et ”inngrep” ihht. Grl. § 113 og kan hjemles i lærerens alminnelig instruksjonsmyndighet.

I en innlæringsperiode vil ulike former for belønning være aktuelt, for eksempel ved at eleven får et ønsket gode hvis han gjennomfører det pedagogiske opplegg.

I disse tilfeller kan eleven velge om han vil gjennomføre det pedagogiske opplegg og få belønning, eller om han vil nekte og dermed ikke motta belønningen. I de mer kvalifiserte tilfellene, for eksempel der læreren gjentatte ganger over tid utnytter elevens svakhet for et gode på en utilbørlig måte, kan slike tiltak neppe hjemles i elevens aktivitetsplikt eller lærerens instruksjonsmyndighet.

¹²⁹ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 192-193.

¹³⁰ Etter EMK artikkel 8 omfatter ”privatliv” den fysiske og psykiske integritet, se bl.a. EMDs dom *Botta mot Italia* (avsnitt 32).

¹³¹ Se punkt 3.3.3.3 om dette.

Et eksempel kan være der eleven stadig blir fristet med bilkjøring mot at han gjennomfører det pedagogiske opplegg, for eksempel øvelser med piktogram.

I disse tilfeller har man reelt sett fratatt handlingsfriheten til eleven, gjennom en utilbørlig utnyttelse av hans svakhet for et gode, og dermed krenket hans integritet og verdighet.¹³² De mer kvalifiserte tiltak kan heller ikke anses yrkesetisk forsvarlig. Tilfeller der eleven fratas goder, eller forespeiles dette som en reaksjon, kan vurderes på en tilsvarende måte.

Skremmende eller truende oppførsel overfor eleven for at han skal gjennomføre det pedagogiske opplegg, faller under alle omstendigheter utenfor hva som kan hjemles i elevens aktivitetsplikt og i opplæringsloven generelt. Det vil heller ikke være en forholdsmessig eller forsvarlig fremgangsmåte som læreren kan iverksette i kraft av sin stilling der eleven ikke oppfyller sin aktivitetsplikt.

6.3.5 Oppsummering

Elevens aktivitetsplikt utgjør et meget snevert kompetansegrunnlag for tvangsinngrep i de tilfeller eleven ikke oppfyller sin aktivitetsplikt.

I disse tilfeller kunne en tenkt seg *de lege ferenda*, der motstanden mot læring er et gjengående og stort problem for elevens læring, en mulighet for enkeltvedtak slik som etter hotjl. § 9-5 tredje ledd bokstav c, jf. § 9-7 annet ledd første punktum, til milde former for tvang som ledd i opplæringen.

6.4 Ordensreglementet

6.4.1 Innledende bemerkninger

I det følgende vil det bli vurdert hvorvidt ordensreglementet kan utgjøre et kompetansegrunnlag for tvangsinngrep med opplæringshensikt. Gjennom opplæringsplikten, altså oppmøte på skolen, påtar eleven seg de plikter som er fastsatt i ordensreglementet.¹³³

¹³² Her kan det nok også stilles spørsmål om hvorvidt dette er forsvarlig omgang med utviklingshemmede barn, se punkt 2.2 om kravet til forsvarlighet.

¹³³ *Jakhelln og Welstad* s. 147.

Paragraf 2-9¹³⁴ oppstiller en plikt for kommunen¹³⁵ til å utarbeide forskrifter om ordensreglement for den enkelte grunnskole. Ordensreglementet er en forskrift etter § 2 første ledd bokstav c i forvaltningsloven, noe som innebærer at saksbehandlingsreglene i lovens kapittel syv må følges. Ordensreglementet må ikke kunngjøres i Norsk Lovtidend, jf. oppl. § 2-9 annet ledd annet punktum, men skal ”gjerast kjent for elevane og foreldra”, jf. § 2-9 annet ledd første punktum.

Ordensreglementet skal inneholde regler om ”rettane og pliktene til elevane så langt dei ikkje er fastsette i lov eller på annan måte.”, jf. § 2-9 første ledd annet punktum. Skolen kan ikke innskrenke elevens rettigheter i forhold opplæringsloven eller annen lovgivning.¹³⁶ Videre skal reglementet gi ”reglar om åtferd, reglar om kva tiltak som skal kunne brukast mot elevar som bryt reglementet og reglar om framgangsmåten når slike saker skal behandlast”, jf. § 2-9 første ledd tredje punktum. Ordensreglementets saklige virkeområdet må avgrenses mot elevens fritid.¹³⁷

Ut i fra ordlyden kan kommunen innta regler om atferd som anses rettsstridig på skolen, jf. ”bryt reglementet”, foruten de regler som følger av opplæringsloven med forskrifter og annen lovgivning.

Elevene skal under ingen omstendighet bli utsatt for ”[f]ysisk refsing eller anna krenkjande behandling”, jf. fjerde ledd. Dette setter en ytre ramme for hvilke virkemidler og sanksjoner som kan fastsettes i ordensreglementet da det som inntas må ”ligge innenfor rammene av opplæringsloven og annen generell lovgivning”.¹³⁸ Det må også stilles et minstekrav til klarhet.¹³⁹ Det er heller ikke ønskelig med en ordlyd som ”fører til usikkerhet og ulike tolkninger hos forskjellige brukergrupper”.¹⁴⁰ En slik potensiell usikkerhet kan avhjelpes ved at kommunen fatter den generelle delen, mens den enkelte skolen, gjennom delegasjon, vedtar regler som er tilpasset skolens behov.¹⁴¹ Ut i fra oppgavens tema vil dette særlig være aktuelt for

¹³⁴ Paragraf 3-7 er identisk, bortsett at bestemmelsen gir hjemmel for fylkeskommunen, som er ansvarlig for den videregående skole, til å utarbeide et slik ordensreglement. I det følgende vil kun § 2-9 bli behandlet, men det samme må gjelde for § 3-7.

¹³⁵ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) s. 115.

¹³⁶ Rundskriv Udir-8/2014: *Ordensreglement* s. 5.

¹³⁷ NOU 1995:18 punkt 30.2.2.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Rundskriv Udir-8/2014 s. 4.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Rundskriv Udir-8/2014 s. 2.

skoler der alle elever har en form for utviklingshemning, eller for ordinære skoler som har spesialavdelinger.

Det er også forutsatt at alle former for refsingstiltak skal fastsettes i ordensreglementet, men at det må avgrenses mot ”mindre inngripende tiltak”.¹⁴² Slike tiltak kan lettest forstås som ”opplæringsmessige og ordensmessige tiltak”.^{143 144}

6.4.2 Kort om formålet med ordensreglementet

Formålet med ordensreglementet vil sette en grense for hva som kan reguleres i ordensreglementet og ikke.

Som nevnt ovenfor skal ordensreglementet inneholde regler om ”åtferd [og] reglar om kva tiltak som skal kunne brukast mot elevar som bryt reglementet”, jf. § 2-9 første ledd tredje punktum.

I forarbeidene er det uttalt at ordensreglementet skal ”medvirke til et godt arbeidsmiljø på skolen gjennom regler for akseptable samværsformer i både undervisningstimene og friminuttene.”¹⁴⁵ Denne uttalelsen taler for at ordensreglementet primært skal bidra til et godt psykososialt miljø¹⁴⁶. Det er også lagt til grunn i rundskrivet at ordensreglementet ”primært skal vise til atferd knyttet opp mot sikkerhet, miljø og undervisning”.¹⁴⁷

For oppgavens tema vil et slik ordensreglement i utgangspunktet virke som en rettssikkerhetsgaranti fremfor direkte atferdsregulerende for den utviklingshemmede eleven.

6.4.3 Innholdet av forskriftskompetansen

Lov er trinnhøyere enn forskrift. Dette vil være av betydning for hvor langt den materielle kompetansen til å vedta forskrifter rekker. I tilfeller hvor lovgiver utrunder forvaltningen med hjemmel til å vedta forskriftsbestemmelser som er i strid med

¹⁴² *Ibid* s. 12.

¹⁴³ For det nærmere innhold av slike tiltak henvises det til punkt 6.3.2.

¹⁴⁴ NOU 1995:18 punkt 30.3.1.1.

¹⁴⁵ *Ibid* punkt 30.1.

¹⁴⁶ Se punkt 6.2 om det psykososiale miljø.

¹⁴⁷ Rundskriv Udir-8/2014 s. 2.

lovgivning, foreligger det en derogasjonshjemmel. Da må dette i så fall ”gå klar fram at forskrifter med slikt innhold kan gis”[sic].¹⁴⁸

I forarbeidene er det forutsatt at bestemmelsene i reglementet må ”liggje innanfor rammene av opplæringslovgivinga og anna generell lovgiving”.¹⁴⁹
Forskriftshjemmelen utgjør dermed ingen derogasjonshjemmel.

Ut i fra oppgavens tema er det særlig regulering av elevens plikter i undervisningen, og eventuelt hvordan skolen kan reagere på mangler ved denne pliktgjennomføring, som vil være aktuelt. Det er her ikke snakk om å ilegge eleven noen form for pønal reaksjon, men snarere en oppfordring av varierende styrke om å gjennomføre eller påbegynne den oppgaven han har blitt gitt.

Problemstillingen blir satt på spissen der eleven skal trenes opp i bruk av ulike kommunikasjonsmetoder og -virkemidler, noe eleven utviser motstand mot.

Hvorvidt tiltak i slike og lignende situasjoner kan hjemles i ordensreglementet, vil bero på om slike tiltak faller naturlig inn under det som kan reguleres.

6.4.4 Regulering av tvang i opplæringshensikt

Under punkt 6.3 ble det konkludert med at læreren kan iverksette lempelige former for opplæringstiltak i opplæringshensikt overfor utviklingshemmede elever uten hjemmel i ordensreglementet.

I det følgende vil det bli vurdert hvorvidt hjemmel i ordensreglementet kan utvide de ytre grensene for opplæringstiltak med tvangspreg. Dette vil i så fall innebære at de ansatte ved skolen kan benytte seg av mer inngripende virkemidler enn det de kan i kraft av sin stilling.

Ordensreglementet skal, som sett, bidra til et godt arbeidsmiljø på skolen gjennom regulering av akseptable samværsformer. Sett ut i fra dette formål fremstår det som tvilsomt at tiltak med tvangspreg i det hele tatt kan inntas i ordensreglementet, foruten

¹⁴⁸ Aslak Syse: *Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmete* i NOU 1991: 20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming s. 191.

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) s. 113 og Rundskriv Udir-8/2014 s. 5.

det som følger av straffelovens nødregler og inngripen ved krenkende oppførsel overfor andre elever etter oppl. § 9a-3 annet ledd. Det synes i hvert fall tvilsomt at regler om tvang som ledd i opplæring kan inntas.

Når det gjelder tilfeller der eleven bryter reglementet, er det forutsatt i forarbeidene at en ”ikke automatisk [kan] innfortolke en adgang til å bruke de fysiske maktmidler som måtte være nødvendige for å gjennomføre beslutningen overfor vedkommende elev.”¹⁵⁰ I rundskrivet legges det til grunn at det ikke finnes hjemmel til å tvangsgjennomføre slike beslutninger.¹⁵¹

Denne uttrykksmåten kan tolkes som en skepsis mot bruk av fysiske virkemidler i gjennomføringen av reaksjoner inntatt i ordensreglementet, særlig i de tilfeller som ikke direkte gjelder vern om liv og helse.

Ettersom forskriftskompetansen primært er knyttet til elevens rettigheter og plikter knyttet til skolemiljøet, kan virkemidler som fysisk tvang i opplæringshensikt ikke hjemles i ordensreglementet.

6.5 Oppsummering av hjemmelsgrunnlaget i opplæringsloven

Som konkludert med i punkt 6.2-6.4, er kompetansegrunnlaget for tvang i opplæringshensikt i opplæringsloven tynt.

Til dette formål er sosial- og omsorgstjenesten gitt en videre hjemmel for tvang innenfor sitt virkeområde, herunder opplæring i dekning av grunnleggende behov etter hotjl § 9-5 tredje ledd.

Dette aktualiserer en vurdering av alminnelige kompetansegrunnlag som gjelder uavhengig av arena. Vurderingen knytter seg til om disse mulige kompetansegrunnlag kan hjemle tvang mot psykisk utviklingshemmede elever på skolen i opplæringshensikt.

¹⁵⁰ Se NOU 1995 punkt 30.4.1.

¹⁵¹ Rundskriv Udir-8/2014 s. 7.

7 Rettslig analyse av alminnelige inngrepshjemler

7.1 Innledende bemerkninger

I det følgende vil det blir vurdert hvorvidt alminnelige inngrepshjemler, som i utgangspunktet gjelder uavhengig av arena, kan hjemle tvangsinngrep mot utviklingshemmede elever i den hensikt å ivareta eller fremme barnets interesser gjennom opplæring som omfattes av skolens virkeområde.

Legalitetsprinsippet setter grenser for hvilke rettskilder som kan utgjøre det primære rettsgrunnlag for inngrepet. Det må også stilles et krav til klarhet for hvilke situasjoner det kan gripes inn i. Hvor langt en kan strekke hjemmelsgrunnlaget avhenger av hvor inngripende tiltaket er.

I det følgende vil det vurderes hvorvidt tvang kan hjemles i foreldresamtykke og/eller alminnelig barneoppdragelse, herunder omsorgsplikt. Alminnelig barneoppdragelse og omsorgsplikt vil bli vurdert parallelt, ettersom disse ofte er sammenfallende. Til slutt vil nødrett bli vurdert.

Læren om ubedt hjelp¹⁵² er uaktuell, ettersom den hviler på en konstruksjon om presumert samtykke.¹⁵³ Når læren hviler på et slikt presumert samtykke, og barnet i de tiltak oppgaven omfatter viser ulike grader av motstand, kan en ikke innfortolke et samtykke.¹⁵⁴ Det nærmeste en kommer er et foreldresamtykke som mulig kompetansegrunnlag.

Legalitetsprinsippet tilsier at alminnelig regelsett som hjemmel for tvang på skolen, fremstår problematisk. Dette gjelder særlig da opplæringsloven selv ikke åpner for tvang i opplæringshensikt overfor utviklingshemmede elever.¹⁵⁵ Hensynet til elevens rettssikkerhet tilsier at Stortinget skal regulere når tvang er legitimt i opplæringsloven selv, fremfor at skolen hjemler sin tvangsbruk i alminnelige regelsett.

¹⁵² For sitt virkeområde er denne læren kodifisert i pasientrettighetsloven § 4-6.

¹⁵³ Henriette Sinding Aasen: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen 2000 s. 523-527 og Østenstad (2000) s. 47.

¹⁵⁴ Etter læren om ubedt hjelp er det tilstrekkelig at redningshandlingen er "forsvarlig" for at den skal være rettmessig, jf. Magnus Matningsdal: *lovkommentar til straffeloven 2005*, Gyldendal Rettsdata, note (109) fjerde avsnitt.

¹⁵⁵ En lignende betraktning finnes om nødretten som alminnelig forvaltningsrettslig hjemmel i Kjell Andorsen: *Strafferettslig nødrett*, Oslo 1999 s. 375.

Det må allerede her understrekes at konklusjonen av hvorvidt disse potensielle hjemler faktisk hjemler tvang ”i nuet” er noe annet enn hvorvidt det er en hensiktsmessig reguleringsmåte som ivaretar elevens rettssikkerhet på sikt. Det må stilles et grunnleggende krav om forsvarlighet og etterprøvbarhet til tvangsinngrepet og prosedyrene rundt. Noe annet vil undergrave barnets rettssikkerhet da barnet ikke selv, i mange tilfeller, kan gjøre omgivelsene oppmerksom på inngrepet.

7.2 Foreldresamtykke

7.2.1 Innledende bemerkninger

I det følgende skal det vurderes hvorvidt et samtykke fra elevens foreldre er et mulig kompetansegrunnlag for tvang.

Samtykke er det alminnelige kompetansegrunnlag for ”[h]elsehjelp” som kan innebære inngrep i vedkommende sin integritet jf. bl.a. pasientrettighetsloven § 4-1 første ledd. Etter pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd, har foreldrene eller andre med foreldreansvaret rett til å samtykke til slik helsehjelp for barn under 16 år.

Tvang i opplæringshensikt utgjør ingen ”helsehjelp”, men vil være av integritetskrenkende art, for eksempel i form av lempeligere former for fastholding eller annen hindring av eleven.

Et foreldresamtykke som hjemmelsgrunnlag for helsehjelp begrunnes i foreldreansvaret. Foreldrene har ”rett og plikt” til å ta avgjørelser for barnet i personlige forhold innenfor gitte grenser, jf. barneloven § 30 første ledd annet punktum. Dette henger sammen med at barnet ikke har noen egentlig juridisk selvbestemmelsesrett før fylte 18 år, jf. vergemålsloven § 9,¹⁵⁶ med mindre noe annet er særlig bestemt¹⁵⁷. Her overlapper foreldreansvaret barnets manglende selvbestemmelsesrett. Barnet skal også høres i sitt syn, og dette skal vektlegges i tråd med barnets alder og modenhet, jf. barneloven § 31. Avgjørelsen skal også i stor grad hensynta barnets beste, jf. GrL. § 104 annet ledd.

¹⁵⁶ En annen sak er at foreldrene i utøvelse av foreldremyndighet skal hensynta ”barnet sine interesser og behov”, jf. barneloven § 31 første ledd tredje punktum.

¹⁵⁷ Den helserettslige myndighetsalder er 16 år med mindre noe annet følger av særlig lovbestemmelse eller tiltakets art, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b.

7.2.2 Foreldresamtykke som kompetansegrunnlag for tvang i skolen

Det forutsettes at det foreligger et gyldig samtykke som oppfyller de krav som i alminnelighet stilles til personell-, prosessuell- og materiell kompetanse.¹⁵⁸ Disse krav til samtykke må gjelde uavhengig av regelverk.

Spørsmålet blir da hvorvidt et foreldresamtykke kan utgjøre et kompetansegrunnlag for tvang innenfor skoleverket overfor utviklingshemmede elever i opplæringshensikt som kan dispensere fra det alminnelige krav om lovhjemmel. Hovedregelen er at slike inngrep krever lovhjemmel, jf. Grl. § 113.

Foreldresamtykke er i enkelte tilfeller nødvendig ihht. opplæringsloven, bl.a. når det gjelder utsettelse av skolestart for eleven, jf. § 2-1 tredje ledd tredje punktum, og iverksettelse av spesialundervisning, jf. § 5-4 andre ledd første punktum. Det er også forutsatt i formålsbestemmelsen at opplæringen skal gjennomføres ”i samarbeid og forståing med heimen”, jf. § 2-1 første ledd første punktum. Dette understreker viktigheten av et godt samspill mellom foreldre og skole, både når det gjelder selve innholdet i opplæringen og praktiske sider av gjennomføringen.

Det finnes ingen indikasjon, verken i loven selv eller i forarbeidene, på at foreldresamtykke utgjør et kompetansegrunnlag for bruk av andre virkemidler enn de som følger av opplæringsloven.¹⁵⁹

Det foreligger etter dette ikke hjemmel for å ilegge foreldrenes samtykke rettsvirkninger som kompetansegrunnlag for tvang. Legalitetsprinsippet tilsier da at et foreldresamtykke ikke kan utvide skolens virkemiddelbruk.

Konklusjonen blir dermed at et foreldresamtykke ikke utgjør et kompetansegrunnlag for tvang i skolen.

¹⁵⁸ Se Aslak Syse: *Pasient- og brukerrettighetsloven : med kommentarer*, 4. utg., Oslo 2015 s. 387-391.

¹⁵⁹ Se punkt 6 om disse.

7.3 Omsorgsplikt, herunder alminnelig barneoppdragelse og grensesetting

7.3.1 Innledende bemerkninger

I forarbeidene til opplæringsloven er det uttalt at ”skolens personale må sies å ha en særlig plikt til å dra omsorg for elevene ved skolen”, og at denne plikt er relativ hensett mot elevens alder.¹⁶⁰ Det må også antas at denne plikten er noe utvidet på bakgrunn av elevens funksjonsnedsettelse.

Spørsmålet blir dermed i hvilken grad omsorgsplikten kan utgjøre det primære rettsgrunnlag for tvang i opplæringshensikt på skolen mot utviklingshemmede elever.

Det finnes lite kildemateriale om rekkevidden og innholdet av omsorgs- og oppdragelsesplikten i skolen. Uttalelser knyttet til omsorgsplikten innenfor andre rettsområder vil derfor være relevant i vurderingen.

7.3.2 Omsorgs- og oppdragelsespliktens innhold og rekkevidde

Foreldrene til barnet har det primære ansvar for å ivareta barnets interesser. Etter barneloven § 30 første ledd første punktum har barnet rett til ”omsut” av foreldrene. Barnets rett til oppdragelse følger delvis av omsorgsansvaret og barnets rett til ”forsvarleg oppseding”, jf. barneloven § 31 annet ledd første punktum. Oppdragelsesplikten omfatter veiledning i sosialiseringsprosessen og læring av normer for samkvem med andre mennesker.¹⁶¹

Det offentlige overtar disse plikter innenfor sitt saklige virkeområde når barnet midlertidig eller varig er under deres ansvar, slik som på skolen.¹⁶² Et slik synspunkt hviler på delegasjon.

For foreldrene til barnet er det straffeloven som setter de absolutte grenser for foreldreansvaret, mens tiltak etter barnevernloven¹⁶³ kan og vil være aktuelt før

¹⁶⁰ NOU 1995:18 punkt 30.4.1.

¹⁶¹ Kirsten Sandberg: *lovkommentar til lov om barn og foreldre (barnelova)*, Gyldendal Rettsdata, note (73) tredje punktum.

¹⁶² Bernt (1992) s. 119, Aslak Syse: *Tvang og tilsyn i private hjem*, Lov og Rett, 2002 s. 91 og Rundskriv IS-10/2015 s. 58.

¹⁶³ Eksempel på tiltak er vedtak om opplæring med bistand fra barneverntjenesten der foreldrene selv ikke makter eller evner dette, jf. barnevernloven § 4-11. Dette kan for innebære opplæring for å styrke barnets funksjonsevner.

foreldrenes atferd anses som straffbar. For skolen er legalitetsprinsippet og straffeloven avgjørende.

Legalitetsprinsippet setter dermed begrensninger på skolens handlingsrom. Dette vil også ha betydning for hvilke virkemidler som kan benyttes i opplæringen.

Omsorgs- og oppdragelsesplikten vil være særlig omfattende med tanke på bruk av tvang de første leveårene,¹⁶⁴ ettersom barnet vanligvis blir mer selvstendig med årene. Et større hjelpebehov for utviklingshemmede tilsier at det foreligger en mer omfattende og varig omsorgs- og oppdragelsesplikt overfor denne gruppen. En kan allikevel ikke akseptere mer inngripende virkemidler av den grunn.

Etter barneloven § 30 tredje ledd første punktum skal barnet ikke utsettes for ”vald eller på annen vis bli utsatt slik at den fysiske eller psykiske helse blir utsatt for skade eller fare”. Dette er virkemidler som ikke kan anvendes i alminnelig omsorg, omgang og oppdragelse av barn.¹⁶⁵ Det forutsettes at de aktuelle tiltak ikke kan føre til en skade eller fare for slik skade på barnets psykiske eller fysiske helse.

I rundskriv om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon § 13 er det uttalt at det må ”stilles strengere krav til institusjonspersonalets opptreden enn til foreldre” når det gjelder virkemidler i omsorg og oppdragelse av institusjonaliserte barn.¹⁶⁶ Dette tilsier at institusjonspersonalets virkemidler må ligge noe under det som er lovlig for barnets foreldre. Dette kan begrunnes i at det tette bånd mellom barn og foreldre vil virke som en uformell rettssikkerhetsgaranti,¹⁶⁷ og at det må stilles strengere krav til profesjonelle tjenesteytere da ”institusjonen utøver omsorgen på vegne av det offentlige”.¹⁶⁸ Det samme må også gjelde for personalet ved skolen.

Forholdet mellom tvangsbegrepet i hotjl. kap. 9 og barneoppdragelse er kommentert i forarbeidene til hotjl. kap. 9. Her legges det til grunn at tvangshjemlene i kapitlet kun kommer til anvendelse i de tilfeller det er snakk om ”tiltak som går utover alminnelig

¹⁶⁴ NOU 1977:35 s. 123.

¹⁶⁵ Noe annet vil være tilfelle der en slik handling er utøvd i nødrett eller nødverge.

¹⁶⁶ Rundskriv Q-0819/2002: *Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon med merknader* s. 10 [opphevet].

¹⁶⁷ Se Bjørn Henning Østenstad: *Rettstryggleik ved tvangsinnngrep mot barn*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2014 s. 265.

¹⁶⁸ Rundskriv Q-0819/2002 s. 10.

barneoppdragelse”.¹⁶⁹ Det er i forarbeidene til hotjl. kapittel 9 forsøkt konkretisert hva som ligger i dette.

Etter forarbeidene skal hva som anses som alminnelig barneoppdragelse underlegges en så objektiv vurdering som mulig. Ved bedømmelsen skal en vurdere hvorvidt tiltaket er ”mer inngripende enn det som følger av alminnelig grensesetting eller av en annen karakter enn vanlig oppdragelse fordi atferden er av en annen karakter enn det som er vanlig for barn”.¹⁷⁰ Referansepunktet for hva som er ”alminnelig” vil være et normalt fungerende barn på samme alder. Hensynet til elevens rettssikkerhet tilsier en tilsvarende vurdering.

Overfor mindre barn, vil tiltak med tvangspreg være mer alminnelig enn hvor dette blir utført overfor et eldre barn. Det vil her være en glideskala mellom elever som går i første- og 10. klasse, der hva som er ”alminnelig grensesetting” innsnevres med alderen.

Når det gjelder oppgavens tema, kan en se det slik at stadige vegringshandlinger mot opplæring er atferd av ”annen karakter” enn det som er vanlig for barn. Heller ikke den pedagogiske tvang kan anses som et alminnelig tiltak overfor barn.

Ut i fra forarbeidsuttalelsene faller disse tiltak utenfor ”alminnelig barneoppdragelse”.

Rekkevidden av dette hjemmelsgrunnlag fremstår som meget usikkert i opplæringssituasjoner. I utredningen til mandatet som vurderte tvangshjemler innenfor omsorgssektoren, er det uttalt at omsorgsplikten ”selvsagt” går lengre i rene nødsituasjoner enn i opplæringshensikt.¹⁷¹ Et slikt synspunkt synes fornuftig ut i fra arten av situasjonen og det truede retts gode.

Det fremstår som tvilsomt at andre virkemidler enn særdeles lempelige former for tvangsinngrep i pedagogisk opplegg, kan hjemles her. Omsorgsplikten rekkes neppe

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.58 (1994-1995) s. 18.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ NOU 1991:20 s. 63.

lengre enn elevens aktivitetsplikt som hjemmelsgrunnlag for tvang i pedagogisk opplegg.¹⁷²

Ut i fra det strenge legalitetsprinsipp på området, kan det stilles spørsmål ved om omsorgspliktens nærmere innhold som hjemmel for tvangsinngrep i det hele tatt kan konkretiseres i tilstrekkelig grad til at det oppfyller det kvalitative klarhetskravet.¹⁷³ En konkretisering er også nødvendig for å ivareta elevens vern om vilkårlig maktmisbruk.¹⁷⁴

7.4 Nødrett

7.4.1 Innledende bemerkninger

Nødrettsregelen finnes i straffeloven og er en straffrihetsgrunn. Dersom vilkårene for nødrett er oppfylt, er tvangstiltaket lovlig. Nødretten utvider i så fall den alminnelige handlefriheten for skolens ansatte. Innholdet i § 17 samsvarer i det vesentlige med innholdet av tidligere straffelov 1902 § 47, foruten at omfanget av en lovlig nødrettshandling er utvidet noe.¹⁷⁵ Rettskilder knyttet til den tidligere bestemmelsen vil derfor være relevant.

Nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17 lyder slik:

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når

- a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og
- b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.

Det er antatt at nødrett utgjør et alminnelig kompetansegrunnlag for forvaltningen, enten direkte eller per analogi, der handlingen rammes av et straffebud.¹⁷⁶

Tvang som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i § 251 vil for eksempel være der lærer med noe makt, tross motstand, fører eleven bort til en valgtavle som henger på

¹⁷² Se punkt 6.3 om dette.

¹⁷³ Se punkt 3.2.2 om dette. Disse uklarheter er også påpekt i Barneombudet sin fagrapport: *Grenseløs omsorg - Om bruk av tvang mot barn i barnevern og psykisk helsevern* (2015) s. 15.

¹⁷⁴ Dette er også problematisert i forarbeidene til sosialtjenesteloven kap. 4A, men da i forhold til hvorvidt rammene er tydelige nok for tjenesteyterne- og mottakerne selv, jf. Ot.prp.nr.58 (1994-1995) s. 11.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 417.

¹⁷⁶ Se bl.a. *Bernt* (1992) s. 113 flg., *Østenstad* (2000) s. 35 og Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 9. utg., Oslo 2010 s. 366.

veggen, og deretter fører hånden hans på et bilde som symboliserer neste aktivitet på dagsplanen. Dette vil være en del av en innlæringsprosess som bevisstgjør eleven på hvordan kommunikasjonsmiddelet kan brukes, også for å uttrykke egne ønsker.

Ettersom tvang mot elever er i legalitetsprinsippets kjerneområde, må ordlyden tolkes restriktivt da den i realiteten utgjør et forvaltningsrettslig kompetansegrunnlag for tvang i skolehverdagen.

Bestemmelsen om nødrett er primært utformet med tanke på tilfeller der redningshandlingen er rettet mot tredjemanns interesser for å avverge en skade på seg selv eller andre. Ettersom oppgavens tema omfatter atferd, typisk ren passivitet eller motstand, som går ut over barnet selv, blir interessekonflikten noe annerledes. I disse tilfeller vil krenkelsen av barnets integritet, altså tvang som del av opplæring, være til hans beste. At interessekollisjonen står mellom interesser som tilhører eleven selv, vil ikke få betydning i risikovurderingen etter bokstav b da bestemmelsen, på bakgrunn av legalitetsprinsippet, må tolkes restriktivt til vern om inngrep overfor eleven.

Bestemmelsen har ikke blitt behandlet som hjemmelsgrunnlag for tvang i opplæring innenfor skolen. Dette kan enten tyde på at problemstillingen ikke har vært i fokus, eller grunnet enighet om at slike tiltak faller utenfor bestemmelsens situasjonskrav.

7.4.2 Nødrett som kompetansegrunnlag for tvang i opplæringshensikt, med fokus på nødsituasjonens karakter

Grunnvilkåret for at det foreligger en nødrettssituasjon, er at det eksisterer en fare for ”skade” på en vernet interesse, jf. bokstav b.

En naturlig forståelse av ”skade” tilsier at det foreligger en negativ påvirkning på det vernede retts gode. Det må altså være en fare for slik negativ påvirkning. Det vernede retts gode vil her være elevens fremtidige velferd og livskvalitet som (hypotetisk) er nedsatt på grunn av de kommunikasjonsferdigheter eleven ikke har tilegnet seg.

I de tilfeller oppgaven omfatter vil elevens fremtidige velferd og livskvalitet ikke bli påvirket som følge av at et tvangstiltak ikke ble iverksatt: eleven vil, som følge av sin passivitet eller motstand mot opplæringen, inneha de samme kommunikasjonsferdigheter som før tvangstiltaket hypotetisk ble iverksatt. En kan da

ikke snakke om noen fare for ”skade” og heller ingen redningshandling, men heller en handling som vil gi eleven en fremtidig fordel.¹⁷⁷

Heller ikke tvang i kommunikasjonstrening for å forhindre fremtidig selvskading kan, av samme poeng, begrunne intervensjon. Dette er også lagt til grunn av utvalget som vurderte tvangshjemler i sosialtjenesten, hvor det ble konkludert med at opplæring for å forhindre skadelig atferd ”neppe [kan] hjemles i [nødrett]”.¹⁷⁸

Ettersom ordlyden må tolkes restriktivt da nødretten i dette tilfelle utgjør en forvaltningsrettslig hjemmel, kan de tiltakene oppgaven omfatter ikke hjemles i nødrett.

8 Sammenfatning og noen rettspolitiske betraktninger

I det foregående har fokuset vært rettet på aktuelle hjemmelsgrunnlag for tvang i opplæringshensikt både i opplæringsloven og i alminnelige regelsett. Det kan konkluderes med at de aktuelle kompetansegrunnlag som finnes, og som er blitt analysert, ikke rekker langt i det praktiske skoleliv. Dette gjelder særlig der den utviklingshemmede eleven viser motstand mot det pedagogiske opplegg.

Som argumentert for, kan opplæring i grunnleggende kommunikasjonsferdigheter bidra til et mer verdig og samfunnsintegrert liv for eleven selv, både i nåtid og fremtid. Dette vil bidra til å forhindre sosial marginalisering av den utviklingshemmede. Kommunikasjon danner også grunnlaget for medvirkning og utøving av selvbestemmelse i livet til den utviklingshemmede.

Oppgaven har tatt utgangspunkt i et strengt krav til hjemmel ved inngrep mot utviklingshemmede barn, både når det gjelder hvilke tiltak som krever lovhjemmel, lovhjemmelens klarhet og hvordan reglene skal tolkes. Det lempelige krav til hjemmel som er kommet til uttrykk i forarbeidene til opplæringsloven og seinere uttalelser fra Kunnskapsdepartementet, fremstår problematisk. Utviklingshemmede

¹⁷⁷ Det er i strafferettslig teori, ut i fra en tolkning av rettspraksis, antatt at fordelshandlinger faller utenfor, jf. Magnus Matningsdal: *Straffeloven : lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff : alminnelige bestemmelser : kommentarutgave*, Oslo 2015 s. 143. Også Østenstad (2011) s. 382-383 argumenterer i samme retning når det gjelder vilkåret om ”vesentlig skade” i daværende sosialtjenestelov § 4A-1 første ledd, som i sin helhet er videreført i hotjl. § 9-1 første ledd.

¹⁷⁸ Se NOU 1991 s. 78.

barn sin rett til vern om sin integritet fremkommer blant annet av Grunnloven og andre menneskerettighetskonvensjoner. På bakgrunn av dette krever slike integritetskrenkende handlinger som denne oppgaven omhandler, klar hjemmel. Dette krav gjelder uavhengig av tiltakets godhet.

Det kan stilles spørsmål ved om man i skolen er i en lignende situasjon som i omsorgsinstitusjonene før sosialtjenesteloven kapittel 4A ble vedtatt. Bernt uttaler om situasjonen innen helse- og omsorgstjenesten før konkrete tvangshjemler ble innført, at inntrykket innenfor institusjonene var at det ikke ble utøvd tvang mot psykisk utviklingshemmede, fordi det ikke forelå rettsregler om dette.¹⁷⁹ Lovverket ble innført fordi myndighetene erkjente at tvang ble utøvd overfor utviklingshemmede innenfor sosialtjenesten. Uten et lovverk om tvang kan en heller ikke ivareta brukerens rettsikkerhet. Dette gjelder også i skolen der det blir utøvd tvang både i pedagogisk opplegg og i skadeavverging. Her må myndighetene ta et klart standpunkt til om tvang i skolen er et ønskelig virkemiddel, og da vedta egnet lovgivning, eller ta avstand fra den tvangsutøvelsen som faktisk blir gjennomført i skoleverket.

Tvang i seg selv kan være nødvendig, uavhengig av de negative assosiasjonene uttrykket gir. Slike tiltak krever allikevel hjemmel og en rettslig og allmenetisk begrunnelse.

Opplæringsloven og helse- og omsorgstjenesteloven fremstår som dårlig koordinert når det gjelder en fullstendig, eller i hvert fall optimal, dekning av elevens behov for opplæring. Elevens opplæring i disse institusjoner danner, uavhengig av evner, mye av grunnlaget for resten av elevens liv.

Det er en erkjennelse at ikke alle utviklingshemmede har evner, verken fysisk eller mentalt, til å tilegne seg grunnleggende former for viljestyrt kommunikasjon. Hvorvidt så er tilfellet, må bero på en individuell vurdering av eleven. I tilfeller hvor tvang som del av opplæring anses faglig og etisk forsvarlig, bør en vurdere dette som en mulighet. I så fall må en slik mulighet for tvangsvedtak på skolen reguleres i lov. Ettersom elevens fremtidige velferd, integrasjon og livskvalitet er av subjektiv art, må

¹⁷⁹ Bernt (1992) s. 129.

den fremtidige nytteverdien av kommunikasjonsferdigheter vurderes konkret for hver enkelt elev.

En må stille grunnleggende krav om faglig og etisk forsvarlighet, og grundige individuelle vurderinger om slike virkemidler er egnet til å oppnå et læringsutbytte for eleven som kan overstige integritetskrenkelsen(-e). Tiltaket må også være absolutt nødvendig ut i fra elevens livssituasjon. Det avgjørende vil være hvorvidt tiltaket i nåtid og på sikt er til barnets beste.

Kildeliste

Forkortelse

offisielt navn

Offentlige dokumenter

Lover

<i>Grunnloven (Grl.):</i>	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
<i>hotjl:</i>	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. 24. juni 2011 nr. 30
<i>vergemålsloven:</i>	Lov om vergemål 26. mars 2010 nr. 9
<i>straffeloven (strl.):</i>	Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28
<i>pasientrettighetsloven:</i>	Lov om pasient- og brukerrettigheter 2. juli 1999 nr. 63
<i>psykisk helsevernlov:</i>	Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern 2. juli 1999 nr. 62
<i>menneskerettsloven:</i>	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30
<i>opplæringsloven (oppl.):</i>	Lov om grunnskolen og den videregående opplæringen 17. juli 1998 nr. 61
<i>barnevernloven:</i>	Lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr. 100
<i>barneloven:</i>	Lov om barn og foreldre 8. april 1981 nr. 7
<i>forvaltningsloven:</i>	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967

<i>avtaleloven:</i>	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4
<i>sosialtjenesteloven:</i>	Lov om sosiale tjenester m.v. 13. desember 1991 nr. 81 [opphevet]
	Lov om videregående opplæring 21. juni 1974 nr. 55 [opphevet]
<i>strl. 1902:</i>	Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 [opphevet]

Forskrifter

Forskrift 23.06.2006 nr. 724 til opplæringsloven
(Kunnskapsdepartementet)

Internasjonale konvensjoner

<i>EMK:</i>	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter
	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne
<i>Barnekonvensjonen:</i>	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter

Forarbeider

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Prop.91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m

Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28

Ot.prp.nr.55 (2002-2003) Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

Ot.prp.nr.72 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa

Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa

Ot.prp.nr.58 (1994-1995) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven

Ot.prp.nr.31 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 21. juni 1974 nr. 55 om videregående opplæring og i lov 23. mai 1980 nr. 13 om fagopplæring i arbeidslivet

Ot.prp.nr.29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester m.v

NOU 2015:2 Å høre til - Virkemidler for et trygt psykososialt skolemiljø

NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene

NOU 1995:18 Ny lovgivning om opplæring «... og for øvrig kan man gjøre som man vil»

NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemning

NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner

NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre (barneloven)

Rundskriv og andre veiledere

Rundskriv IS-10/2015: *Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming : lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester kapittel 9* (Helsedirektoratet).

Rundskriv Udir-8/2014: *Ordensreglement* (Utdanningsdirektoratet)

Rundskriv Udir-2/2010: *Retten til et godt psykososialt miljø* (Utdanningsdirektoratet)

Rundskriv IS-10/2004: *Lov om sosiale tjenester kapittel 4A : Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning*” (Sosial- og helsedirektoratet)

Rundskriv Q-0819/2002: *Merknader til forskrift 12. desember 2002 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon* (Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet) [opphevet]

Kunnskapsdepartementet: *Om adgangen til bruk av tvang og makt i skolesektoren*, 29.06.11

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt.2014.1105

Sårstelldommen: Rt. 2010.612

Laksefrysningsdommen: Rt.1995.530

Underrettspraksis

Gulating lagmannsrett, ankesak nr. 98-00844

Den europeiske menneskerettsdomstol

Storck mot Tyskland: Case of Storck v. Germany, saksnummer 61603/00

Botta mot Italia: Case of Botta v. Italy, saksnummer 21439/93

Juridisk litteratur

Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utg. (Bergen 2011)

Aasen: Aasen, Henriette Sinding: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling* (Bergen 2000)

Andorsen, Kjell: *Strafferettslig nødrett* (Oslo 1999)

Augland m.fl: Auglend, Ragnar, Henry John Mæland, og Knut Røsandhaug: *Politirett*, 2. utg. (Oslo 2004)

Barbosa da Silva m.fl: Aasen, Henriette Sinding, Rune Halvorsen og António Barbosa da Silva (red.): *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services : Nordic perspectives* (Antwerpen 2009)

Bernt (2015): Bernt, Jan Fridthjof: "Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving" i Karl Harald Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten* (Bergen 2015) s. 27-47

Bernt, Jan Fridthjof: *Sosialt ansvar, integritetsvern og rettssikkerhet*, Kritisk juss 2000 s. 99-107

Bernt (1992):

Bernt, Jan Fridthjof: ”Tvang” i Eskeland, Ståle og Aslak Syse: *Psykisk utviklingshemmedes rettsstilling* (Oslo 1992) s. 111-130

Boe, Erik Magnus: *Rettskildelære under debatt* (Oslo 2012)

Eckhoff, Torstein, Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 9. utg. (Oslo 2010)

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg. (Oslo 2015)

Helgeland, Geir: *Opplæringslova : Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa av 17. juli 1998 nr. 61 : Kommentartutgave*, 2. utg. (Oslo 2006)

Jakhelln og Welstad:

Jakhelln, Henning og Trond Welstad: *Utdanningsrettslige emner* (Oslo 2012)

Kjønstad og Syse:

Kjønstad, Aslak og Aslak Syse: *Velferdsrett I : grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5. utg. (Oslo 2012)

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Ragnhild Collin-Hansen: *Velferdsrett II : Barnevern- Og Sosialrett*, 4. utg. (Oslo 2012)

Matheson, Wilhelm: *Norsk skolerett* (Oslo 1987)

Matningsdal, Magnus: *lovkommentar til straffeloven 2005*, Gyldendal Rettsdata, sist revidert: 01.03.2015

Matningsdal, Magnus: *Straffeloven 2005, første del. Alminnelige bestemmelser, kommentarutgave* (Oslo 2015)

Monsen:

Monsen, Erik: "Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt-2010-612" i *Undring og erkjennelse : Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*; Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.) (Bergen 2013) s. 419-429

Mørch og Syse:

Mørch, Willy-Tore og Aslak Syse: *Frivillighet og tvang i behandling av barn og ungdom* (Oslo 1998).

Sandberg Kirsten: *lovkommentar til lov om barn og foreldre (barnelova)*, Gyldendal Rettsdata, sist revidert: 11.11.2010

Sandberg, Kirsten: *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (Oslo 2003)

Skjerdal, Nicolai: *Hva betyr "klar lovhjemmel"? ; legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel*, Jussens Venner 2001 s. 337-364

Smith, Eivind: *Konstitusjonelt Demokrati : Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 2. utg. (Bergen 2012)

Smith:

Smith, Eivind: *Ny opplæringslov - bedre rettssikkerhet?*, Spesialpedagogikk nr. 1 1996 s. 10-17

- Stang:* Stang, Elisabeth Gording: "Om barn og grunnverdier" i *Velferd og rettferd : Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*; Kirsten Ketscher, Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, Kåre Lilleholt og Eivind Smith (Oslo 2013) s. 155-168
- Syse Aslak: *Pasient- og brukerrettighetsloven : med kommentarer*, 4. utg. (Oslo 2015)
- Syse, Aslak: *Tvang og tilsyn i private hjem*, Lov og Rett, 2002 s. 82-102.
- Syse, Aslak: *Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmete* i NOU 1991: 20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming s. 181-255
- Søvig:* Søvig, Karl Harald: *Tvang overfor rusmiddelavhengige : sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3* (Bergen 2007).
- Østenstad, Bjørn Henning: *Rettstryggleik ved tvangsinngrep mot barn*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2014 s. 265-271.
- Østenstad (2011):* Østenstad, Bjørn Henning: *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke* (Bergen 2011)
- Østenstad (2000):* Østenstad, Bjørn Henning: *Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma : Under yting av kommunale sosial- og helsetenester* (Bergen 2000)

Annet

Barneombudets fagrapport 2015: *Grenseløs omsorg - Om bruk av tvang mot barn i barnevern og psykisk helsevern*

ICD-10:

Helsedirektoratet: *Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer 2015*, 10. revisjon

Utdanningsdirektoratet: *Lærerprofesjonens etiske plattform* (2012)

Kroken, Jørn: *Bruk av tvang og makt : sosialtjenesteloven kapittel 4A i praksis* (Oslo 2011)

Netland:

Netland, Silje Gislefoss: *Om misbruk av tvang og makt overfor barn med psykisk utviklingshemming i skolen*, masteravhandling i spesialpedagogikk, Universitetet i Tromsø 2009

Eknes, Jarle: *Utviklingshemming og psykisk helse* (Oslo 2000)